THÈSE DE
CAEN.
1882
N°. 4.

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

THÉORIE

DE

LA COMPENSATION

EN DROIT ROMAIN & EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ DE DROIT

Le 28 juin 1882, à 3 heures du soir

PAR

GEORGES CONRAIRIE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL D'ANGERS

Né au Tremblay, le 20 décembre 1856

ANGERS

IMPRIMERIE LACHÈSE ET DOLBEAU

13, Chaussée Saint-Pierre, 13

—

1882

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545818_0017

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

THÉORIE

DE

LA COMPENSATION

EN DROIT ROMAIN & EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ DE DROIT

Le 28 juin 1882, à 3 heures du soir

PAR

GEORGES CONRAIRIE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL D'ANGERS

Né au Tremblay, le 20 décembre 1856

ANGERS

IMPRIMERIE LACHÈSE ET DOLBEAU

13, Chaussée Saint-Pierre, 13

—

1882

A MON PÈRE, A MA MÈRE

A MA SŒUR

JURY D'EXAMEN

PRÉSIDENT : M. BAYEUX, professeur.

SUFFRAGANTS

MM. CAREL, professeur.

TOUTAIN, id.

LAISNÉ-DESHAYES, agrégé.

GUILLOUARD, id.

DROIT ROMAIN

DE LA COMPENSATION

(Dig., lib. XVI, tit. II. — Cod., lib. IV, tit. XXXI).

PRÉLIMINAIRES

Le mot compensation considéré dans sa racine (*pensare... cum*) nous rappelle les temps reculés de l'histoire, où la monnaie étant encore inconnue, l'on était obligé pour opérer les paiements d'avoir recours à la balance et au pesage du métal. La composition même de ce mot semble donc nous indiquer que la compensation remonte dans l'histoire du droit romain à une haute antiquité.

La loi 1 du titre *de compensationibus* au Digeste (liv. XVI, tit. II) empruntée à Modestin définit ainsi la compensation : *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio*, la contribution d'une dette et d'une créance entre elles. Lorsqu'une personne a créance et une dette, on les balance entre elles, on les compare l'une avec l'autre. Si elles sont égales elles se neutralisent, si elles ne le sont pas, la personne se trouve être créancière de l'excédant de sa créance sur sa dette ou débitrice de l'excédant de sa dette sur sa créance, selon le résultat de l'opération. Cette définition n'est pas complète-

ment exacte, car elle n'envisage la compensation que d'un côté alors qu'elle en a nécessairement deux. Pour qu'une personne puisse ainsi soumettre à une contribution sa dette et sa créance, il faut, d'un autre côté, que ce soit une même personne qui soit créancière et débitrice de la première. C'est entre deux obligations dont deux personnes sont tenues l'une envers l'autre que s'établit la *contributio*. Ce caractère propre à la compensation ne rentre pas dans la définition que nous en donne Modestin. La définition telle qu'elle nous est donnée par Modestin n'est pas assez précise et elle pourrait s'appliquer dans des cas où il n'y a pas de compensation. Pour que la définition de Modestin soit complète et exacte, il faut y ajouter l'indication d'une condition essentielle, à savoir, que la compensation a lieu dans le cas où deux personnes se trouvent créancières et débitrices l'une de l'autre.

Lorsque deux personnes se trouvent ainsi être réciproquement créancières et débitrices l'une de l'autre, cette circonstance ne modifie en aucune manière les relations juridiques existant entre elles. La loi donne à chacune d'elles une action pour contraindre l'autre à exécuter son obligation ; et lorsqu'elles veulent anéantir leurs obligations respectives elles doivent recourir aux modes déterminés par la loi pour l'extinction des obligations. Mais en suivant ces principes dans toute leur rigueur, nous arrivons à des conséquences illogiques et injustes. N'est-il pas, en effet, contraire au bon sens de donner d'une main ce que nous pouvons reprendre immédiatement de l'autre. Outre un virement de fonds inutile et illogique ce procédé peut amener à une injustice flagrante. Le débiteur qui a payé sa dette et rempli ses engagements, peut, lorsqu'à son tour il poursuivra son propre débiteur, ne trouver qu'un insolvable incapable de faire face à ses engagements. N'y a-t-il pas, pour ainsi dire, dol à exiger ce que l'on peut être contraint de rendre immédiate-

ment. Il est donc juste de décider que les deux obligations se balancent et se neutralisent jusqu'à concurrence de la plus faible, en un mot de les compenser. Aussi le célèbre jurisconsulte romain Pomponius a-t-il proclamé la nécessité de la compensation : *Interest nostra potius non solvere quam solutum repetere*[1].

La compensation reposant sur un principe d'équité dut naturellement à l'origine de Rome, être bannie du droit civil quiritaire qui, dans sa rigueur formaliste, n'admit comme modes d'extinction des obligations que des modes dérivant immédiatement des principes juridiques eux-mêmes. Néanmoins dès le berceau des institutions romaines, la compensation fit son apparition, mais elle resta alors restreinte dans d'étroites limites. Peu à peu les mœurs grossières et rudes des Romains primitifs s'amollirent au contact des nations voisines. Les principes d'équité et les notions du droit naturel pénétrèrent dans leurs institutions et en adoucirent la rigueur ; la compensation parvint alors après de nombreux efforts, à s'introduire complètement à Rome et elle devint une règle de droit.

La compensation qui renferme une idée fort simple en elle-même, une balance entre une dette et une créance, peut cependant être appliquée de diverses manières. L'histoire nous la montre sous deux aspects différents, tantôt elle s'attache à la sentence du juge qui, après avoir examiné et reconnu la dette et la créance réciproque des deux parties en présence, applique la compensation et prononce l'extinction de la créance la plus forte jusqu'à concurrence de la plus faible ; tantôt par l'effet d'une fiction elle résulte de la simple co-existence de deux dettes. La législation romaine ne reconnut jamais ce dernier mode de compensation, qui n'est autre chose que la compensation légale ; même après la

[1] L. III, 55, h. t.

décision de Justinien ordonnant qu'elle aurait lieu *ipso jure*, la compensation n'en resta pas moins judiciaire. Mais que la compensation soit légale ou judiciaire, la partie qui veut user de ce bénéfice doit néanmoins s'adresser au juge, soit pour faire reconnaître la compensation dans le cas où elle s'opère par le seul effet de la loi, soit pour la faire admettre si elle est judiciaire.

La compensation étant toujours restée judiciaire à Rome, même après les décisions de Marc Aurèle et de Justinien, elle suivit nécessairement les progrès de la jurisprudence à Rome, et les règles qui la réglementèrent subirent de nombreux changements avec les modifications de la procédure. La compensation prend naissance avec le système des actions de la loi, mais sous l'empire de ce système rigoureux où l'on s'attache plus à la forme qu'à l'équité, elle resta presque à l'état d'enfance.

Cette procédure n'ayant pas tardé à disparaître pour faire place à la procédure dite formulaire ; la compensation limitée d'abord aux contrats synallagmatiques et aux obligations dérivant *ex eadem causa* ne tarda pas à voir son domaine s'accroître, et elle finit par embrasser successsivement, grâce à la puissance de l'usage, les actions de bonne foi, puis les obligations unilatérales et enfin les actions *stricti juris*. Mais ce n'est qu'à l'époque de la procédure extraordinaire et grâce aux réformes de Justinien qu'elle atteint son dernier développement et son apogée.

Nous traiterons successivement de la compensation dans les divers systèmes de la procédure romaine.

CHAPITRE PREMIER

Des actions de la loi.

Ce système de procédure qui prend naissance avec les origines de Rome se compose presque exclusivement de rites, de formules sacramentelles auxquels doit nécessairement avoir recours tout citoyen qui veut ester en justice et il ne peut omettre la plus petite formalité sans s'exposer à perdre tous ses droits. On peut donc avant d'examiner les diverses procédures en usage à cette époque affirmer que la compensation ne reposant que sur l'équité, qui en est le seul fondement, ne put exercer alors une grande influence, sous un régime qui se préoccupait plus de l'exactitude et de la régularité des formes que du droit lui-même. Cette époque de la jurisprudence romaine nous est d'ailleurs fort peu connue ; le peu de documents qui nous sont parvenus sur cette époque nous oblige, à défaut de données précises et certaines, à nous en rapporter à la nature des trois actions de la loi, au moyen desquelles les parties devaient faire valoir leurs droits en justice ; pour décider si le juge avait ou non le pouvoir de prononcer la compensation.

Nous ne nous occuperons que de trois actions de la loi, car les deux autres, la *pignoris capio* et la *manus injectio* n'étaient que de simples voies d'exécution auxquelles la compensation devait rester étrangère. Il ne s'agissait plus, en effet, dans l'exercice de ces actions, de fixer les droits des parties, mais d'exécuter la sentence du juge.

L'*actio sacramenti* ne laissait aucune latitude au juge chargé d'examiner l'affaire, sa mission se bornait à déclarer *justum* ou *injustum* le *sacramentum*. Il n'avait aucune qualité pour apprécier les obligations réciproques qui pouvaient lier les parties et pour appliquer la compensation. Les affaires qui exigeaient de la part du juge une certaine appréciation se pliaient difficilement à ce genre de procédure. Si le demandeur se trompait dans l'appréciation qu'il devait faire lui-même de sa créance, le moindre écart, si minime qu'il fût, lui faisait perdre son procès. Dans les affaires où il y avait lieu de combiner les obligations réciproques des parties et de les balancer entre elles, cette procédure devenait presque impossible.

Ce furent ces inconvénients de la procédure du *sacramentum* qui amenèrent bientôt la création d'une nouvelle action de la loi, la *judicis postulatio*. Cette action de la loi embrassa peu à peu toutes les affaires qui plus tard furent rangées sous le titre d'actions de bonne foi dans la procédure formulaire, celles où le juge devait se déterminer *ex æquo et bono*. Le caractère propre de ces actions est de soumettre au juge des affaires où les parties se trouvaient liées par des obligations réciproques.

Nous ne voyons pas comment, dans ces sortes d'actions, le juge eût pu terminer le litige *ex bona fide*, s'il n'avait eu à son service la compensation, lorsque l'engagement dérivait *ex eadem causa*. Cette assertion devient plus probable encore en présence de l'opinion émise par Gaius qui déclare que le pouvoir de compenser attribué au juge dans les actions de bonne foi sous le système formulaire, prend son fondement dans la liberté, *libera potestas*, qui lui est laissée d'estimer *ex æquo et bono* les obligations réciproques des parties, et comme conséquence de la mission d'équité qu'il a à remplir ; *sed quia id bonæ fidei judicio conveniens videtur*[1].

[1] G. Inst., c. IV, § 63.

La compensation n'ayant dû être admise dans la *judicis postulatio* qu'en vertu du même principe qui la fit admettre dans les actions de bonne foi, elle dut subir les mêmes restrictions, elle ne pouvait donc avoir lieu que lorsqu'il s'agissait d'engagements, d'obligations provenant *ex eadem causa*. Certains auteurs admettent une restriction de plus ; le principe, en vertu duquel toute condamnation était pécuniaire n'ayant jamais été admis sous le régime des actions de la loi, la compensation ne pouvait, d'après ces auteurs, être admise qu'autant que les parties se devaient des choses de même nature. Nous sommes cependant portés à croire, avec M. Desjardins, que le juge devait, pour remplir fidèlement sa mission et appuyer sa décision sur la bonne foi, prononcer la compensation dans un grand nombre de cas où la nature des objets dus était différente. Dans ces divers cas, le juge prenait en considération, comme au temps où la monnaie était peu répandue, non la valeur de l'objet considéré en lui-même, mais sa valeur d'échange. D'ailleurs, même sous l'empire du régime formulaire, le principe de la condamnation pécuniaire ne suffit pas pour faire admettre la compensation lorsque les objets dus sont différents, car le juge n'a pas qualité pour apprécier en argent la valeur de l'objet réclamé par le demandeur qui ne peut être condamné et cependant il doit le faire sous le régime formulaire pour admettre la compensation lorsque les objets dus diffèrent.

La dernière action de la loi dont il nous reste à parler est la *condictio ;* car il est certain, ainsi que nous l'avons déjà dit, que la compensation ne put être admise dans la *pignoris capio* et la *manus injectio*, qui n'avaient pour objet que l'exécution des jugements. La *condictio*, établie par la loi Silia et étendue par la loi Calpurnia, nous est fort peu connue ; mais son domaine a toujours été restreint aux obigations *certæ pecuniæ* et *de omni certa re* qui s'accommodaient parfaitement à la formule du *sacramentum ;* il ne fut donc en ces

sortes d'affaires supprimé que comme une formalité gênante et ennuyeuse. Nous pouvons en conclure avec vraisemblance que la compensation ne fut pas usitée dans cette action de la loi où le juge n'eut jamais qu'un pouvoir restreint, sans aucune liberté d'appréciation.

CHAPITRE II

De la compensation sous la procédure formulaire.

La trop grande subtilité des actions de la loi et leur caractère trop exclusif les firent tomber en désuétude. Dès le VI^e^ siècle de Rome, les relations des Romains s'étant accrues peu à peu, ils sentirent la nécessité d'accorder aux étrangers, aux pérégrins un moyen de se faire rendre justice, et l'on fut obligé de créer le *prætor peregrinus*. Ce préteur imagina des formules conçues *in factum*, afin de se soustraire aux exigences de la loi qui ne lui permettait pas de poser une question de droit civil pour un pérégrin. Cet usage s'étendit peu à peu jusqu'aux *cives*, aux citoyens romains et le système des actions de la loi, longtemps battu en brèche, finit par disparaître pour faire place au régime formulaire qui fut définitivement établi par la loi Œbutia et les deux lois Julia parues sous Auguste. Pour bien comprendre ce que devint la compensation sous ce régime, son mode d'application et ses effets, il est nécessaire de rapporter en quelques mots les principes de ce système.

Le caractère distinctif de la procédure formulaire consiste dans la rédaction d'une formule, délivrée par le magistrat auquel vient s'adresser la partie qui veut faire valoir ses droits. Cette formule se compose de diverses parties, au moyen desquelles le magistrat explique l'affaire et détermine les pouvoirs du juge qui sera chargé de prononcer sur le

litige pendant entre les parties. Cette attribution de pouvoirs faite par le magistrat au profit du juge est l'essence du système formulaire. Les pouvoirs du juge dépendent des termes plus ou moins étendus de la formule; mais il ne lui est point permis de dépasser les limites qui lui sont assignées dans cette formule. C'est sous ce système que l'on voit apparaître nettement la distinction des actions de droit strict et de bonne foi dont l'origine se trouve probablement dans l'action de la loi connue sous le nom de *Judicis postulatio*. Dans certaines matières en effet le magistrat se contente d'indiquer au juge la prétention du demandeur avec mission de la vérifier et de condamner ou d'absoudre le défendeur suivant que la prétention du demandeur se trouve ou non justifiée. Dans ces sortes d'actions le juge n'a qu'une chose à faire, vérifier la prétention du demandeur; si cependant la demande est d'un objet indéterminé, d'une obligation de faire, par exemple, pour pouvoir remplir sa mission, le juge se trouve forcé d'apprécier en argent la valeur de l'obligation, mais là s'arrêtent les limites de son pouvoir. Il ne peut outrepasser ces limites et examiner les obligations réciproques des parties, même celles qui résultent du contrat qui lui est soumis. Ces actions sont dites *stricti juris* ou *condictiones*.

Dans certaines autres actions dites de bonne foi, le pouvoir d'appréciation du juge est plus étendu, il peut prendre en considération les circonstances du fait, mais il ne peut décider sur des matières étrangères à la cause qui lui est soumise; son pouvoir se borne à l'examen des causes et des résultats du fait juridique sur lequel il doit prononcer. Ce pouvoir est déterminé par la formule dont l'*intentio* se trouve alors conçue en ces termes : *Quidquid dare facere præstare oportet ex bona fide*, ou autres termes équivalents.

En dehors de cette classification restent les procès qui prennent naissance à propos de droits réels et qui se

rapprochent sensiblement des actions de bonne foi, en ce qui touche les pouvoirs du juge.

Cette procédure qui, ainsi exposée, semble d'une rigueur excessive, fut adoucie au moyen d'exceptions pouvant s'approprier aussi bien aux actions de bonne foi qu'aux actions de droit strict, exceptions qui étendirent les pouvoirs du juge et lui donnèrent la faculté de rendre une décision plus conforme à l'équité et à la justice.

Certaines affaires sont encore, sous l'empire de ce régime, soustraites à la procédure commune pour ressortir directement de la compétence du magistrat qui prononce alors *extra ordinem*.

Notons enfin pour terminer cet exposé sommaire que dans le système formulaire toute condamnation est pécuniaire; toute réclamation doit être appréciée en argent par le juge. Ces principes posés, nous allons aborder l'étendue de la compensation sous le système formulaire, avec ses progrès successifs et après avoir fait connaître les règles relatives à la compensation dans chaque sorte d'actions, nous examinerons quelles sont les conditions nécessaires pour que la compensation puisse s'opérer.

SECTION I

DE LA COMPENSATION DANS LES ACTIONS DE BONNE FOI.

Dans les actions de bonne foi, qui dérivaient des contrats synallagmatiques, le juge avait un pouvoir d'appréciation lui permettant de rendre une décision conforme à l'équité; il devait, comme disent les jurisconsultes, décider *ex æquo et bono*. Ce pouvoir d'appréciation donné au juge lui permettait de tenir compte des obligations que le demandeur

pouvait avoir contractées vis-à-vis du défendeur, lorsqu'elles dérivaient *ex eadem causa ;* mais ce pouvoir, le juge ne le tenait pas de la formule délivrée par le magistrat, mais de la nature même de l'action. Il pouvait donc, en vertu de ce pouvoir, compenser les obligations respectives des deux parties, et ne condamner le défendeur qu'au reliquat. C'est ce que nous enseigne Gaïus au § 61 du Commentaire IV. Dans les actions de bonne foi, le juge paraît avoir un pouvoir complet pour estimer *ex æquo et bono* ce qui doit être restitué au demandeur ; aussi, dès l'origine, la compensation fut admise dans les actions de bonne foi, mais le juge ne pouvait admettre en compensation que les obligations du demandeur, provenant *ex eadem causa*, du même fait juridique, qui avait donné naissance à l'obligation contractée par le défendeur. Cette restriction apportée à la mission du juge aux seules obligations dérivant *ex eadem causa*, était la conséquence du principe qui faisait dériver son pouvoir de la formule, forcément limitée au fait en litige. La loi 18, § 4, *commodati vel contra* au Digeste, nous donne un exemple parfait de ce pouvoir d'appréciation qu'avait le juge, et des limites dans lesquelles la compensation pouvait s'opérer : « Ce que chacun peut obtenir par l'action contraire ; dans l'action directe intentée contre lui, il peut le retenir par la compensation. »

Cependant, si pour une raison ou pour une autre, le juge n'avait pas tenu compte dans sa décision des obligations que le demandeur pouvait avoir vis-à-vis de son adversaire, le droit de ce dernier n'en subissait aucune atteinte, il restait intact ; et il pouvait obtenir judiciairement le paiement de la créance non compensée. Le *judicium contrarium* conservait donc son utilité, bien que la créance qui en fut l'objet pût être opposée en compensation. La compensation n'était qu'un incident de procédure qui ne modifiait pas le fond du droit.

Le principe des condamnations pécuniaires admis sous le système formulaire, servait encore autrement à étendre la mission du juge; car il n'était plus nécessaire alors pour que le juge pût opérer la compensation que les objets dus fussent de même nature; elle devenait possible alors même que la nature des objets était différente.

La compensation ayant été admise plus tard dans les actions de droit strict et par conséquent *ex dispari causa*, il n'y eut plus alors de raison pour restreindre le pouvoir du juge dans les obligations de bonne foi aux actions connexes; il dut nécessairement pouvoir compenser *ex dispari causa;* aussi nous ne retrouvons plus cette condition au Digeste. Le pouvoir du juge étant déterminé par la formule, celle-ci dut nécessairement subir une modification; car l'exception de dol, qui dans les actions de bonne foi est sous-entendue, ne peut l'être qu'autant que le dol se rattache à l'affaire et rentre dans la compétence du juge. Mais lorsque le juge put apprécier les obligations dérivant d'autres faits juridiques et tenir compte du dol ne se rattachant au procès que par ses résultats, on dut nécessairement exprimer l'exception de dol.

SECTION II

COMPENSATION DANS LES ACTIONS DE DROIT STRICT.

Gaïus ne mentionne nulle part la compensation *ex dispari causa ;* nulle part il n'enseigne que la compensation ait été admise de son temps dans les actions de droit strict. Mais ce jurisconsulte nous apprend que de son temps la compensation avait reçu dans deux matières spéciales des règles propres; et déjà elle pouvait en dehors des actions de bonne foi, nous dit-il, avoir lieu dans deux cas spécialement déter-

minés et connus, l'un sous le nom de *compensatio* proprement dite, se rapportant aux *argentarii*, et l'autre sous le nom de *deductio* qui a trait à l'*emptor bonorum*.

I. Compensatio. — Les *argentarii*, ou banquiers formaient à Rome une association puissante dont les exactions et les fraudes durent à maintes reprises être réprimées par la loi.

On établit vis-à-vis d'eux des règles sévères; ainsi que par dérogation au principe fondamental en matière de preuve; lorsqu'il s'agissait d'un débat judiciaire avec un *argentarius*, ce n'était pas à celui qui invoquait l'exception à prouver qu'il n'avait pas reçu; on imposait aux *argentarii* l'obligation de prouver qu'ils avaient réellement compté les espèces. La compensation reçut aussi à leur égard des règles exceptionnelles. Lorsqu'un banquier ou *argentarius* agit en justice et que par ailleurs son action est *stricti juris et certa*, il doit lui-même faire la balance de ses comptes avec son adversaire et diminuer ce qu'il doit pour ne tenir compte que de la différence. Comme le fait remarquer Gaïus (IV, § 54), la compensation devait avoir lieu dans l'*intentio* et il en conclut logiquement qu'omise ou insuffisante elle aboutissait à une *plus petitio* et faisait perdre tous ses droits au banquier. En effet l'*intentio* ne contenant qu'une différence, tout le droit de l'*argentarius* se trouvait déduit en justice.

La raison de cette obligation imposée par la loi aux banquiers résulte de ce que leurs livres constatent des comptes courants qui se composent d'un grand nombre de détails, le doit et l'avoir de chacun varient sans cesse, de sorte que pour savoir celui qui est créancier, il est nécessaire d'avoir les livres sous les yeux. Enfin les livres des banquiers ont un caractère public, ils appartiennent à toute personne intéressée. Ces livres contenant les principaux éléments d'appréciation, devraient, s'il y avait deux actions distinctes, passer deux fois sous les yeux du même juge qui

devrait se livrer à deux examens successifs. La compensation permit d'éviter ces doubles procès.

La compensation dans l'hypothèse qui nous occupe, se produit sans le secours d'aucune exception; les *argentarii* doivent forcément agir *cum compensatione* nous dit Gaïus : « *Cogitur cum compensatione agere ita ut compensatio verbis formulæ comprehendatur.* » Mais en considération de cette rigueur de la loi vis-à-vis des banquiers, deux conditions furent exigées pour que la compensation pût avoir lieu. Il faut que les deux obligations aient pour objet des choses du même genre, en d'autres termes des quantités susceptibles de se remplacer les unes par les autres. Enfin, comme nous l'enseigne encore Gaïus au § 67, c. IV, la dette de la créance de l'*argentarius* doivent être également exigibles.

II. Deductio. — Le *bonorum emptor* était l'individu qui moyennant un certain dividende à payer aux créanciers d'un insolvable, devenait adjudicataire de son patrimoine. Lorsque le *bonorum emptor* agissait comme créancier du chef du *defraudator*, il devait exercer une déduction à raison de ce que le *defraudator* devait lui-même au défendeur, en vertu d'une cause quelconque. Ainsi, Quintus ne paie pas ses dettes, un de ses créanciers se rend adjudicataire de son patrimoine renfermant une créance contre Secundus, qui est en même temps créancier de Quintus; pour exercer utilement son action, le *bonorum emptor* doit déduire ce que Quintus, débiteur failli, doit à Secundus.

Gaius nous signale dans son manuscrit trois différences entre la *deductio* et la *compensatio :*

1° La principale différence séparant la *compensatio* de la *deductio*, dont nous venons de parler, consiste en ce que l'*argentarius* doit opérer lui-même la *compensatio* dans l'*intentio* de la formule ; il ne peut agir que pour le montant de la créance, déduction faite de la dette, de sorte que s'il se trompe il perd tout son droit et ne peut plus intenter une

nouvelle action. Au contraire, la *deductio* se place dans la *condemnatio ;* le *bonorum emptor* agit avec une *intentio certa*, mais la *condemnatio* ne porte pas de chiffre déterminé. C'est le juge qui opère la *deductio* et fixe le montant de la dette, il n'y a donc aucun risque à courir pour le *bonorum emptor*.

2° La seconde différence consiste en ce que la *compensatio* imposée à l'*argentarius* ne peut s'opérer qu'entre dettes de même nature. Une dette d'argent se compensera avec une dette d'argent, une dette de vin avec une autre dette de vin ; certains auteurs vont même jusqu'à exiger que les objets soient de même qualité. Pour la *deductio*, au contraire, l'identité de dettes n'est pas exigée, le *bonorum emptor* voit dans tous les cas sa propre créance diminuée par celle de son débiteur.

3° Enfin l'*argentarius* ne doit opérer la compensation qu'autant que les deux dettes sont actuellement exigibles, tandis que la *deductio* force le *bonorum emptor* à tenir compte même des dettes dont le terme n'est pas encore échu. Ce principe a passé dans notre droit ; la faillite en effet rend également exigibles toutes les dettes du failli.

La compensation imposée au banquier n'ayant d'autre sanction que la plus-pétition dut disparaître avec les conséquences rigoureuses de celle-ci, aussi les textes contenus dans le Digeste n'en parlent plus.

Là se bornent les renseignements qui nous sont fournis sur la compensation par Gaius qui était, on le sait, contemporain de Marc Aurèle. Ce silence a été diversement interprété par les commentateurs, mais aucun n'a pu jusqu'à ce jour en donner une raison plausible. Les actions de droit strict, dérivant de contrats unilatéraux, excluaient toute idée d'obligations réciproques, et différaient complètement des actions de bonne foi. Le juge n'avait point dans ces actions la faculté de décider *ex æquo et bono*, il ne devait prendre en considération que le droit pur. Il n'avait point à se préoc-

cuper des obligations réciproques qui pouvaient exister entre les parties, sa mission et son pouvoir se bornaient à la décision du litige qui lui était soumis. La compensation n'étant point un mode légal d'extinction des obligations, les parties qui se trouvaient réciproquement créancières les unes des autres n'avaient d'autre ressource que celle d'intenter des actions séparées.

Ce système, appliqué dans toute sa rigueur, conduisit forcément à des injustices multiples. Souvent il permettait à un insolvable de se faire payer tout ce qui lui était dû par un créancier qui se trouvait ensuite frustré ou obligé de subir le concours d'autres créanciers. Il nécessitait en outre des paiements multiples et parfois onéreux. Ce système qui avait déjà été réformé dans les relations des banquiers avec les particuliers, devait nécessairement dans la suite des temps subir des modifications et des transformations dans les relations de particuliers à particuliers, c'est d'ailleurs ce qui arriva. La jurisprudence finit avec raison par considérer comme un dol, le fait par un créancier de se faire payer par son débiteur ce que lui-même pouvait être contraint de lui restituer immédiatement : *dolo facit qui petit quod redditurus est* [1].

Aussi les Institutes de Justinien, au § 30 du titre du l. IV qui traite des actions, nous apprennent que la compensation fut établie dans les actions de droit strict par un rescrit de Marc Aurèle qui décida que l'insertion de l'exception de dol dans la formule donnerait naissance à la compensation dans les actions de droit strict : *sed et in strictis judicis et rescripti divi Marci, opposita doli mali exceptioni compensatio inducebatur.* Ce paragraphe des Institutes a donné naissance aux deux questions suivantes.

Est-il bien certain que la compensation n'existait point

[1] Dig., loi 8, *de Doli mali except.;* loi 171, *de Regulis juris.*

dans les actions de droit strict avant Marc Aurèle et que cet empereur ait par ce rescrit introduit une innovation dans la législation romaine ; et l'empereur n'a-t-il pas au contraire simplement consacré un usage déjà établi par la jurisprudence ? Quelle est la portée de cette innovation ? Le pouvoir du juge ainsi étendu s'est-il borné à condamner ou absoudre le défendeur ? ou lui a-t-il permis de restreindre la condamnation ?

Autrefois l'opinion de Cujas qui, s'en rapportant au témoignage de Justinien, admettait sur la première de ces questions que la compensation n'était pas admise avant Marc Aurèle, si ce n'est dans les actions de bonne foi, et croyait à l'extension véritable du domaine de la compensation par le rescrit de cet empereur, était généralement suivie. Mais aujourd'hui la majorité des auteurs admettent la négative, et enseignent que longtemps avant Marc Aurèle, la compensation existait dans les usages de la jurisprudence. L'opinion de Cujas a encore de nos jours été très savamment soutenue par M. Desjardins dans son ouvrage sur la compensation. Elle est également partagée par M. Accarias qui l'enseigne dans son ouvrage sur le droit romain. Cependant, malgré l'autorité qui s'attache à l'opinion de ces auteurs, nous croyons devoir admettre de préférence l'opinion de ceux qui enseignent que Marc Aurèle n'a fait que généraliser un usage consacré par la jurisprudence. A notre avis, longtemps avant Marc Aurèle, l'exception de dol permettait l'usage de la compensation dans les actions de droit strict.

Un premier argument en faveur de notre système se tire de la manière dont est intervenue la décision de l'empereur Marc Aurèle. C'est en effet au moyen d'un rescrit qu'il déclare que désormais la compensation aura lieu dans les actions de bonne foi, en vertu de l'exception de dol. Les innovations législatives ne s'introduisent point d'ordinaire par un rescrit. L'empereur avait sans doute été consulté par

un magistrat, préteur ou président, qui se trouvant en face d'un usage qui commençait à s'introduire et qui lui semblait conforme à l'équité, se trouvait embarrassé. Comment d'ailleurs supposer que le droit prétorien, toujours favorable à l'équité, n'ait pas trouvé un moyen pour admettre la compensation dans les actions de droit strict?

On nous objecte le silence de Gaius, qui semble exclure la compensation dans ces sortes d'actions, car il ne s'occupe que de l'*argentarius* et du *bonorum emptor*. Mais nous devons noter que dans le manuscrit de Gaius existe une lacune. La fin du § 60 et le commencement du § 61 ne nous sont pas parvenus ; sans doute Gaius traitait en cet endroit de la compensation dans les actions de droit strict. Cet argument embarrasse peu nos adversaires qui nous répondent que Gaius eut suivi un ordre peu logique s'il avait traité en premier lieu de la compensation dans les actions de droit strict, avant de parler de la compensation dans les actions de bonne foi. Si, disent-ils, ce jurisconsulte avait ainsi agi, il eût méconnu la logique et la chronologie. Nous ne pouvons nier que, d'une part, en effet, il est certain que la compensation fût admise d'abord dans les actions de bonne foi, et il est certain d'autre part que la logique eût été un peu négligée, si Gaius s'était d'abord occupé de la compensation dans les actions de droit strict, pour y revenir ensuite à propos de l'*argentarius*, après avoir traité de la compensation dans les actions de bonne foi.

Nous maintenons malgré ces arguments notre opinion.

Jusqu'ici nous n'avons apporté à l'appui de notre système que des suppositions, mais nous pouvons l'établir sur des textes remontant à Trajan et qui par conséquent sont antérieurs d'un demi siècle à Marc Aurèle. Consultons d'abord la loi 38, *de rei vindicatione* qui est de Celsus, contemporain de Trajan. Un propriétaire revendique un fonds de terre sur lequel le possesseur a planté, édifié des constructions, ou fait

des améliorations. Qu'obtiendra ce possesseur lorsque le propriétaire viendra lui réclamer son immeuble ? « Un bon juge, dit ce jurisconsulte, statuera différemment selon les parties et les causes. » Telle est la décision de Celsus, si on peut supposer que le propriétaire eût fait les mêmes dépenses, il devra rendre soit ces dépenses, soit la plus-value *quod minimum est*. S'il est pauvre et ne peut rembourser le possesseur, on permettra à ce dernier d'emporter tout ce qui pourra être enlevé sans détérioration pour le fonds. Enfin, le propriétaire ne revendique-t-il le fonds que pour le vendre, alors le défendeur gardera le fonds et sera condamné à en payer la valeur, déduction faite de la plus-value. Voici les termes employés par le jurisconsulte : *Finge eam personam esse dominii quæ receptum fundum mox venditura sit, nisi reddit quantum prima parte redde oportere diximus, eo deducto tu condemnandus es.*

Il est du reste certain que c'est par l'exception de dol que le défendeur doit faire valoir ses prétentions. N'y a-t-il pas dans l'hypothèse que nous venons de rapporter une compensation évidente entre la valeur actuelle du fonds et la plus-value résultant des constructions et améliorations faites par le possesseur, et au remboursement de laquelle il a droit ? Mais, nous répondent encore nos adversaires, la loi que vous nous citez s'occupe d'une action arbitraire dans laquelle les pouvoirs du juge étaient aussi étendus que dans l'action de bonne foi.

Dans la loi 10, § 3, *de Comp.*, Julien, qui vivait sous Adrien, c'est-à-dire encore avant Marc Aurèle, nous fait connaître un cas de compensation dans une action renfermant d'une manière indiscutable le caractère d'action de droit strict : il s'agit d'une *conditio ex stipulatu*. Cette loi nous apprend que la compensation pouvait avoir lieu dans les stipulations prétoriennes qui sont *instar actionis*, par exemple en matière de *damnum infectum*. Un propriétaire a un voisin

dont la maison menace ruine, il le conduit devant le préteur pour obtenir la *cautio damni infecti*. Là, ce voisin pourra faire valoir les créances qu'il a contre le demandeur et les faire entrer en compensation. Mais si ce voisin qui a des créances contre le demandeur, oublie d'en tenir compte dans la stipulation, il pourra néanmoins les faire entrer en déduction, lorsque plus tard, sa maison ayant croulé, il sera poursuivi, et faire valoir alors la compensation dans l'action *ex stipulatu secundum Julianum : tam in ipsa stipulatione quam ut ex stipulatu actione poterit objici compensatio.* Malgré la clarté de cet exemple qui nous semble irréfutable, on nous répond : « la *clausula doli* était toujours insérée dans la stipulation forcée, et dès lors la *stricti juris actio*, qui devait être portée devant un *judex* produisait les mêmes effets qu'une *bonæ fidei actio* portée devant un *arbiter*. » M. Desjardins se livre à ce sujet à une savante théorie sur la *clausula* et cite à l'appui de son opinion un certain nombre de formules relatives à des stipulations prétoriennes. Mais il vient se heurter à une difficulté insurmontable. En attribuant à la *clausula doli* la vertu de transformer l'action née de la stipulation prétorienne en action *bonæ fidei*, les deux créances qui entrent en compensation naissent forcément de contrats unilatéraux, *ex dispari causa*, nous arrivons à cette solution qui ne peut être acceptée : que l'admission de la compensation *ex dispari causa* dans les actions de bonne foi ait précédé son introduction dans les actions de droit strict. Il est évident que la compensation *ex dispari causa* ne s'introduisit dans les actions de bonne foi que lorsqu'elle fut admise dans les actions de droit strict, grâce à l'exception de dol.

Divers autres textes ont été invoqués en faveur de notre théorie et notamment la loi 15 de notre titre. Julien suppose que j'ai stipulé de Titius une somme d'argent payable en un certain lieu, et l'on décide que l'on doit, en opérant la com-

pensation, tenir compte de l'intérêt que j'avais à être payé en un lieu plutôt qu'en un autre. Il s'agit bien d'une action de droit strict, la créance opposée en compensation venant d'une stipulation. Or, la compensation est permise par Javolénus qui vivait également sous Trajan avant Marc Aurèle. Citons encore la loi 4 *h. t.* qui permet au fidéjusseur d'opposer en compensation la créance que le débiteur principal aurait pu opposer. Il s'agit évidemment encore d'une action de droit strict, l'obligation du fidéjusseur résultant du contrat *verbis*, le contrat le plus essentiellement unilatéral. Cette loi est citée par Paul comme remontant à Pomponius qui vivait sous Antonin le Pieux, avant Marc Aurèle.

Il nous paraît donc incontestable que même avant Marc Aurèle la compensation existait dans certaines actions de droit strict. Nous pouvons par suite présumer que vraisemblablement la compensation dut également être admise dans les actions de bonne foi *ex dispari causa*. En effet, la compensation ne pouvait être admise dans les actions de droit strict que *ex dispari causa*, puisque ces actions dérivent de contrats unilatéraux ne donnant pas lieu à des obligations réciproques, elle dut dès lors *a fortiori* être admise également *ex dispari causa* dans les actions de bonne foi, cela nous semble être du moins une conséquence logique. Ces innovations ne furent que les applications du principe qu'il y a dol à réclamer ce qu'on devra rendre à l'instant même. Mais si la compensation existait dans les contrats de bonne foi, même *ex dispari causa*, nous pensons que ce résultat ne pouvait se produire qu'autant que l'exception de dol avait été insérée dans la formule, car bien que nous trouvions dans les *Fragmenta Vaticana* un passage duquel il semble résulter que l'action de bonne foi contenait en elle-même l'exception de dol, ce résultat ne se produisait, croyons-nous, qu'à raison de l'affaire soumise au juge, et la compétence du juge ne pou-

vait être étendue à des obligations étrangères à l'action qui lui était soumise qu'autant que l'exception de dol se trouvait insérée dans la formule.

Ce qui est certain c'est qu'après Marc Aurèle, il ne peut plus y avoir aucun doute sur l'admission de la compensation dans les actions de droit strict, soit que l'on admette que le prince a innové, soit que l'on se range, comme nous l'avons fait, à l'opinion de ceux qui pensent que cet empereur n'a fait que confirmer un usage déjà admis par la jurisprudence.

Maintenant se présente la seconde question que nous avons indiquée. L'exception de dol, introduite dans une action de droit strict, avait-elle pour effet, une fois qu'elle était vérifiée, d'entraîner l'absolution du défendeur ; ou pouvait-elle autoriser le juge à restreindre la condamnation du défendeur jusqu'à concurrence de l'excédant de la créance du demandeur sur celle du défendeur?

Un grand nombre d'auteurs, parmi lesquels MM. Ortolan et Pillette, soutiennent que l'exception de dol une fois admise avait pour effet nécessaire et forcé d'entraîner l'absolution du défendeur. Ces auteurs se fondent, pour soutenir leur système, sur la nature des exceptions, qui seraient d'après eux des conditions sous forme négative ; *si non*, *si nihil*, mises à la condamnation et qui ont pour effet de la rendre doublement conditionnelle.

Ce système était inconnu avant la découverte du manuscrit de Gaius, dans lequel ses partisans ont cherché des textes pour appuyer leur théorie. Pour arriver à en établir l'authenticité, ils s'efforcent de démontrer que l'exception de dol ne pouvait avoir d'autre effet dans le système formulaire que celui d'amener une absolution forcée du défendeur, lorsqu'elle était justifiée. Mais cette application rigoureuse de l'exception de dol soulève une grave objection. N'est-ce pas, en effet, l'équité qui avait fait admettre la compensation dans

les actions de droit strict? Or, qu'y aurait-il de plus contraire à l'équité qu'une telle déchéance? Ces auteurs l'ont si bien compris qu'ils s'efforcent d'échapper à la rigueur de leurs principes, en essayant de le concilier d'une manière ingénieuse, mais subtile, avec l'équité, base fondamentale de la compensation. Aussi croyons-nous qu'il faut rejeter ce système pour se rallier à l'opinion qui était suivie par Cujas [1] et tous les anciens commentateurs, opinion d'après laquelle l'exception n'aurait eu d'autre effet que de permettre au juge de diminuer le montant de la condamnation.

La doctrine contraire à celle que nous venons d'adopter méconnaît à notre avis non seulement le bon sens, mais encore les textes. Il peut arriver en effet que le moyen proposé sous forme d'exception ne s'applique pas à tout l'objet de la demande. Paul nous enseigne de plus que l'exception est une condition qui a pour effet tantôt d'écarter la condamnation, et tantôt de la diminuer. Cette idée générale est confirmée par les applications qu'elle reçoit dans plusieurs autres textes. Aussi Accarias conclut en disant que tout ce que l'on peut admettre raisonnablement, c'est que là où il y a lieu de limiter ainsi les effets de l'exception, cette limitation doit être autorisée par une modification apportée à la rédaction ordinaire de la formule.

Afin de mieux comprendre la question qui nous occupe, il nous semble utile d'indiquer d'abord sommairement les effets des exceptions en général.

Envisagées sous ce rapport, les exceptions se divisent en trois classes :

1° Un certain nombre d'entr'elles entraînent toujours l'absolution du défendeur, parce que le motif qui les a fait admettre s'applique par sa nature à l'objet de la demande

[1] L. XXII, pr. de Exc.

sans restriction : telles sont, par exemple, les exceptions *legis Cinciæ, metus causa, litis dividuæ;*

2° D'autres ne peuvent, sous peine de manquer leur but, avoir pour effet d'amener l'absolution du demandeur : elles n'ont d'autre conséquence que de diminuer la condamnation : telles sont les exceptions *hereditatis restitutæ ex Trebelliano, si non et illi solvendo sint;*

3° Enfin il existe une troisième classe qui comprend certaines exceptions qui, selon les circonstances, paralysent l'*intentio* totalement, ou au contraire n'en atteignent qu'une partie. Telle est l'exception *Quod facere potest*, qui allège la condamnation, si le défendeur a peu de chose, ou le fait absoudre, lorsqu'il n'a rien. Telle est encore l'exception *Velleiani senatus-consulti*, qui, d'après l'attestation d'Africain lui-même, fera repousser le créancier *pro parte*, lorsque l'obligation contractée par la femme ne constitue une *intercessio* que jusqu'à concurrence de moitié. L'exception de dol rentre, ainsi que nous nous proposons de le démontrer, dans ce dernier genre d'exceptions et son effet est tantôt d'amener l'absolution complète du défendeur, tantôt d'alléger la condamnation.

Tel est l'avis exprimé par M. Accarias dans son ouvrage sur le Droit romain, qui cite à l'appui de son opinion plusieurs textes sur lesquels nous reviendrons.

Notre opinion s'appuie encore par ailleurs sur les raisons les plus graves et les plus sérieuses. La compensation était avant Marc Aurèle admise dans les actions de bonne foi, nul doute n'existe à ce sujet; or son effet, dans ces sortes d'actions était évidemment de faire réduire la condamnation. Dans la loi 10, § 3, *de Com.*, que nous avons déjà citée plus haut, Julien ne met aucune différence entre le cas où la compensation avait lieu *in ex stipulatu actione*, et celui où elle avait lieu *in ipsa stipulatione;* or, dans ce cas, quand elle était invoquée devant le magistrat elle ne pouvait évi-

demment avoir pour effet que de faire réduire la garantie réclamée du défendeur. Javolenus qui vivait avant Marc Aurèle, sous Trajan, parle évidemment d'une diminution de la condamnation résultant de la compensation dans une action arbitraire, il est vrai, l'action *de eo quod certo loco*. Si tel était avant Marc Aurèle l'effet de la compensation, on ne peut supposer que le rescrit de ce prince qui faisait un nouveau pas vers l'équité ait pu amener une iniquité aussi flagrante. Si nous pouvons ainsi établir que l'action de dol avait pour effet de faire diminuer la condamnation ; l'argument capital de nos adversaires est détruit et notre thèse demeure établie.

Le § 30 des Institutes au liv. IV nous fournit un autre argument d'une grande valeur. Ce texte déclare, en effet, d'une manière nette et précise, que la même compensation fut adoptée dans les actions de bonne foi et dans les actions de droit strict. Après avoir, dans une première phrase, défini la compensation dans les actions de bonne foi, et déclaré qu'il entrait dans l'office du juge d'opérer la condamnation et de ne condamner le défendeur qu'au reliquat, Justinien ajoute qu'elle devint également possible dans les actions de droit strict, en vertu du rescrit de Marc Aurèle. Aucune différence n'est signalée dans ce passage des Institutes, entre la compensation dans les actions de bonne foi et la compensation dans les actions de droit strict; il se borne à nous signaler cette extension dans le domaine de la compensation. C'est donc que le rédacteur des Institutes n'a vu aucune différence entre les deux cas. Dans l'opinion contraire, comment entendre ce texte dans son sens naturel et admettre que le mot *compensatio* désigne la même compensation dans les deux phrases? Cela nous paraît impossible. Il importe également, pour montrer la force de cet argument, de faire remarquer qu'à l'époque de Justinien les règles spéciales à la compensation en matière d'*argentarius* et de *bonorum*

emptor étaient tombées en désuétude. C'est donc la compensation elle-même qui est étendue aux actions de droit strict, c'est-à-dire le pouvoir pour le juge de restreindre la condamnation, et c'est au moyen de l'exception de dol, *exceptione doli mali*, que ce résultat est atteint, que la compensation est invoquée. Le texte auquel nous venons de faire allusion, ne signalant, ainsi qu'il vient d'être dit, aucune différence entre les deux espèces qu'il prévoit; on ne peut, dans l'opinion que nous combattons, expliquer le sens véritable de ce passage, sans méconnaître l'enchaînement des idées.

Ce texte acquiert encore une plus grande force en présence de l'interprétation qui lui est donnée par Théophile, qui s'exprime en ces termes : « Marc Aurèle, dit-il, fit une constitution dans laquelle il enseigne que, poursuivi par une action stricte pour dix solides quand cinq m'étaient dûs, je pourrai opposer l'exception de dol, et cette exception opposée, le juge a le pouvoir d'admettre la compensation et de condamner à cinq solides seulement. » On ne peut croire que Théophile, qui cite le rescrit même de Marc Aurèle, ait pu se tromper; ce qui serait étrange Ce ne serait plus d'ailleurs Théophile seul qui se serait trompé, mais tous les interprètes des Institutes.

Pour rejeter ce sens naturel du texte des Institutes, confirmé par l'interprétation de Théophile, nos adversaires ont prétendu, ainsi que nous l'avons déjà indiqué, que l'exception de dol, ne pouvant avoir pour effet que de modifier l'*intentio*, jamais la *condemnatio* de la formule, ne pouvait d'après eux donner au juge que le pouvoir d'absoudre le défendeur, si l'exception était vérifiée. Nous espérons cependant pouvoir, avec l'aide des textes, démontrer que l'effet de l'exception de dol pouvait être de permettre au juge de restreindre le montant de la condamnation.

Nous examinerons dans ce but l'influence qu'elle peut exercer sur les diverses actions lorsqu'elle y est introduite.

on a souvent invoqué la loi 42, ff. *de Mortis causa donationibus*, de Papinien, qui est ainsi conçue : *doli non inutiliter opponetur exceptio, bonæ fidei autem judicio constituto.* L'effet de l'exception de dol est de donner à cette action le caractère d'une action de bonne foi : M. Ortolan pense que cette action est arbitraire, et la satisfaction devant être réglée *ex bono et æquo ;* les mots *ex fide bona* peuvent, dit cet auteur, avoir été introduits dans la formule. Mais cette solution est selon nous arbitraire, et c'est une conséquence de sa propre nature que la satisfaction soit réglée *ex æquo et bono,* peu importe que les mots *ex fide bona* aient été ajoutés à la formule, l'exception de dol doit servir à quelque chose, et il est douteux que la clause *nisi restituat*, qui indique le caractère arbitraire de l'action, même avec l'addition des mots *ex bona fide* introduits dans la formule par le préteur, donne au juge le pouvoir de contraindre Séia à la promesse dont parle la loi.

Rapprochons ce texte, pour en mieux saisir la portée, de la loi 38, ff. *de Rei vindicatione.* Celsus s'exprime en ces termes dans cette loi : *Bonus judex varie ex personis causisque constituet.* Un pouvoir aussi étendu ne dérive pas du pouvoir qu'a le juge dans les actions arbitraires de déterminer la satisfaction *ex æquo et bono ;* nous devons remarquer d'ailleurs que la satisfaction incombe au défendeur, tandis que Celsus donne au juge le pouvoir de forcer le demandeur à indemniser le possesseur. Pour donner cette extension aux pouvoirs du juge, il faut une addition à la formule ; addition qui ne peut consister que dans l'insertion de l'exception de dol. Les textes nous autorisent seulement à décider que l'exception de dol, ajoutée à la formule dans une action arbitraire, la modifie en ce sens seulement qu'elle devient une action de bonne foi et qu'il est alors permis au juge de diminuer la condamnation ; mais au point de vue de la compensation, nous pouvons seulement décider, avec

M. Lair, que le juge se trouvait autorisé au moyen de cette insertion à faire des compensations *ex eadem causa;* mais nous ne pouvons en conclure qu'elle donnait au juge le pouvoir d'opérer des compensations *ex omni causa.*

Si ces textes ne suffisent pas pour démontrer l'authenticité et la véracité de notre solution; nous pouvous encore en citer d'autres dont la clarté est irréfutable et qui établiront d'une manière évidente que, dans une action de droit strict, dans une *condictio* par exemple, l'exception de dol insérée dans la formule avait pour effet non seulement d'entraîner l'absolution du défendeur, mais encore de permettre au juge de diminuer la condamnation.

C'est abord la loi 16, ff. *de doli mali exceptione.* Un furieux délègue son débiteur à son créancier et celui-ci paie entre les mains du cessionnaire, croyant que le créancier primitif était sain d'esprit. Ce paiement étant opéré, on le poursuit au nom de l'incapable; en opposant à cette action l'exception de dol, il obtiendra une diminution de la condamnation jusqu'à concurrence du profit que le fou a retiré du premier paiement; *exceptione doli in id quod in rem furiosi processit defenditur;* or le texte que nous venons de citer est conçu en termes clairs et précis qui ne permettent aucun doute.

Parmi les lois favorables à notre thèse, il convient encore de citer la loi 16, ff. *ad legem Falcidiam.* Un héritier a délivré un objet faisant partie d'un legs sans retenir la quarte Falcidie; lorsque plus tard il se verra poursuivi par d'autres héritiers, il pourra, au moyen de l'exception de dol, retenir la quarte Falcidie même sur les objets dont il s'est déjà dessaisi.

Nous pouvons encore rapprocher de ces textes la loi 9, § 1, *in fine, de Conditione, causa data causa non secuta,* où la compensation a encore, selon nous, pour effet de diminuer la condamnation.

Une objection peut cependant être faite contre les textes

que nous venons de citer. Dans ces espèces, nous dit-on, la réduction de la condamnation ne provient pas du juge ; elle n'est que le résultat de la réduction de l'*intentio*, opérée par le demandeur devant le magistrat. C'est le demandeur lui-même qui, craignant de se voir opposer l'exception de dol et de voir rejeter sa demande par l'effet de cette exception, opère la réduction de sa créance devant le magistrat et diminue son *intentio* du montant de son obligation. Cette objection nous semble facile à réfuter. Tout d'abord le contraire nous semble résulter du texte lui-même qui paraît attribuer cette réduction au juge plutôt qu'au demandeur lui-même. Comment, d'ailleurs, comprendre une semblable théorie qui, dans la pratique, serait hérissée de difficultés sans nombre. A supposer pour un instant cette théorie exacte, le demandeur se verra contraint de se livrer à des appréciations, à des calculs qui, s'ils ne sont pas exacts, auront pour conséquence de lui faire perdre tous ses droits. Une théorie semblable ne peut se soutenir, et tombe d'elle-même devant les difficultés qu'entraînerait son application.

D'ailleurs l'objection de nos adversaires fût-elle fondée, que notre thèse n'en serait nullement ébranlée, car elle s'appuie encore sur d'autres textes qui ne peuvent être sujets aux mêmes critiques. Nous pouvons citer notamment la loi 15 du tit. *de Exceptione doli mali,* qui établit d'une manière irréfutable, le pouvoir d'estimation conféré au juge par l'exception de dol. Est-il en effet possible d'admettre que l'effet de l'exception de dol fût différent selon qu'elle était introduite dans telle ou telle action? Pourquoi donc refuser à cette exception opposée en matière de compensation l'effet qu'elle eut certainement produit en une autre occurrence?

Dans les actions de bonne foi, c'est un principe certain que le juge peut, opérant la compensation, ne condamner le défendeur qu'au reliquat. Ne voyons-nous pas par ailleurs les jurisconsultes annoncer que cet effet est dû à l'exception

de dol qui est sous-entendue? Peut-on donc admettre qu'elle ait des effets différents selon qu'elle est ou non invoquée. Si l'opinion de nos adversaires était vraie, la compensation qu'on a établie sur un principe d'équité eût conduit aux résultats les plus iniques et les plus contraires à la bonne foi. Elle eût privé un créancier du bénéfice de sa créance parce que, lors de sa demande, il avait cru ne devoir tenir aucun compte d'une dette dont il contestait la véracité.

Enfin, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer précédemment, le système contraire est souvent impraticable. Toute personne se trouvera placée dans la même situation que l'*argentarius*, obligée d'opérer elle-même la réduction de son *intentio* et par suite d'apprécier les objets dus, objet dont la valeur peut quelquefois varier suivant les personnes et le point de vue auquel on se place pour faire cette appréciation. Tous ces motifs nous poussent à rejeter un système qui nous semble contraire aux textes et à l'équité, malgré l'autorité des auteurs qui l'ont soutenu.

Malheureusement l'opinion que nous soutenons vient se briser contre un texte célèbre des Sentences de Paul; texte que tous les interprètes n'ont pu expliquer qu'au moyen de conjectures plus ou moins vraisemblables. Ce texte est ainsi conçu en son entier : *Compensatio debiti ex pari specie causa dispari admittitur ; velut si pecuniam tibi debeam, et tu mihi pecuniam debeas aut frumentum, aut cætera hujusmodi, licet ex diverso contractu, compensare vel deducere debes. Si totum petas, plus petendo cadis.*

Ce texte paraît, au premier aspect, détruire complètement le système que nous soutenons, puisqu'il décide qu'au cas où le demandeur néglige d'opérer lui-même la compensation dans son *intentio* ou de recourir à une *deductio*, et qu'il demande le tout, il encourt la plus-pétition. Beaucoup de commentateurs se trouvant dans l'impossibité absolue de l'expliquer ont conclu à son altération et ont décidé qu'il n'y avait

pas lieu de tenir compte de ce texte dans la discussion qui nous occupe.

Cependant certains auteurs ont cherché à donner à ce texte une explication pouvant concorder avec l'opinion que nous soutenons ; M. Lair, notamment, a, dans son traité sur la compensation, imaginé une explication fort ingénieuse du texte que nous venons de citer. Il commence par établir que l'on ne peut en contester l'authenticité, car, dit-il, les *prudentes* qui composèrent la *lex Romana Visigothorum*, se sont montrés très sobres de corrections, notamment en ce qui concerne les Sentences de Paul.

Ce texte d'après l'auteur que nous venons de citer ne se rapporte qu'à la compensation *ex pari specie*. Deux cas peuvent alors se présenter ; le demandeur peut choisir entre deux partis, soit réduire son *intentio* en compensant lui-même, soit modifier la condamnation en laissant au juge le soin d'opérer la compensation. S'il intente une action sans avoir soin de prendre ces précautions, il doit perdre son procès pour plus-pétition.

Ces principes posés, M. Lair développe ainsi son système que nous nous contenterons de résumer en quelques mots. Il commence par rappeler que l'*argentarius* ne devait compenser lui-même que dans le cas où les dettes avaient pour objet des choses fongibles entre elles ; quand au contraire les objets différaient, il n'y avait plus alors lieu d'agir *cum compensatione*, mais l'*argentarius* se contentait de recourir à l'opération appelée *deductio* et laissant au juge le soin de faire lui-même l'estimation. Après avoir ensuite fait remarquer que la *deductio* n'était pas spéciale au *bonorum emptor*, car Gaius ne la signale en ce cas que comme exception, M. Lair conclut en disant que l'obligation imposée au banquier d'opérer lui-même la compensation, fut étendue à toute autre personne qui se trouvait dans la même situation ; c'est-à-dire toutes les fois que les dettes étaient fongibles ;

mais avec cette différence que les créanciers ordinaires pouvaient ou compenser eux-mêmes, ou laisser au juge ce soin en employant la *deductio*. C'est ainsi que tout en appliquant ce texte à l'opinion que nous soutenons, M. Lair explique comment la *deductio* s'y est introduite.

La généralité des auteurs, parmi lesquels se trouve M. Desjardins, soutiennent au contraire l'altération du texte cité plus haut. En effet l'obligation imposée aux banquiers étant excessivement rigoureuse, il est peu probable que les jurisconsultes aient choisi pour l'étendre un moment où les registres domestiques, qui eussent pu permettre aux particuliers ce genre de compensation, tombaient en désuétude. D'ailleurs rien n'indique dans les textes cette généralisation à une époque où la jurisprudence, se basant sur l'équité, tendait à étendre le domaine de la compensation. Marc Aurèle venait, en effet, d'étendre la compensation aux actions de droit strict. Toutes ces raisons nous portent à croire que le système de M. Lair n'est pas fondé.

La meilleure preuve de l'altération de ce texte ne résulte-t-elle pas de l'impossibité où se trouvent les commentateurs de l'expliquer. Le jurisconsulte parle dans le texte ci-dessus relaté de deux créances de même espèce, condition qui ne fut jamais nécessaire pour la compensation ; nous sommes portés à croire qu'en s'exprimant ainsi le jurisconsulte Paul visait l'institution spéciale, où l'exception de dol ne devait pas être opposée, la compensation de l'*argentaaius*. Quant au mot *deducere* qui se trouve dans ce texte ; Paul pouvait l'entendre dans le sens de *compensare*, car le mot *deducere* ne se rapporte pas forcément à la déduction.

Quelle que soit celle de ces opinions à laquelle on se range pour expliquer le texte de Paul; nous croyons pouvoir maintenir que depuis le rescrit de Marc Aurèle, le défendeur a pu, en opposant l'exception de dol, dans une action de droit strict, attribuer au juge le pouvoir de compenser sa créance avec celle du demandeur.

SECTION III

DE LA COMPENSATION DANS LES ACTIONS ARBITRAIRES; ACTIONS *in rem*.

Dans les développements que nous venons de donner sur la compensation à l'époque du système formulaire nous ne nous sommes occupés que des actions *bonæ fidei* et *stricti juris*. Il existait cependant à cette époque diverses actions qui ne rentraient dans aucune des catégories indiquées ; il y avait en dehors des actions *stricti juris* et *bonæ fidei*, les actions *in rem* et les actions arbitraires. Les actions *in rem* rentraient toutes dans la classe des actions arbitraires ; mais la réciproque n'est pas exacte.

Le système formulaire avec sa condamnation toujours pécuniaire s'appliquait mal à la poursuite des droits réels ; aussi l'on avait trouvé un remède à cet inconvénient dans la création des actions arbitraires, qui permettaient au juge de ne condamner le défendeur qu'autant que celui-ci refusait d'obéir à son *jussus* et de donner satisfaction à son adversaire. Les actions arbitraires comprenaient en outre un certain nombre d'actions personnelles, telles que les actions *quod metus*, *de dolo*, *certo loco* et quelques autres. Aucun texte de Gaius ne traite de la compensation dans les actions *in rem* ou arbitraires. Tous les auteurs antérieurs à Justinien qui parlent de la compensation, la considèrent comme la balance entre deux dettes ou deux créances, ce qui exclut absolument les droits réels, *debiti* et *crediti inter se contributio*, tels sont les termes employés par les jurisconsultes pour définir la compensation. Il est d'ailleurs presque unanimement admis qu'avant Justinien la compensation n'existait pas dans les actions *in rem*. Cette opinion est corroborée par la loi 14, *C. de com.*, où Justinien manifeste clairement

son intention d'innover, en déclarant que désormais la compensation aura lieu dans les actions *in rem : compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda.* Certains auteurs s'expliquent difficilement cette opinion en présence du principe de la condamnation pécuniaire en vigueur sous le système formulaire, il leur semble en effet que la compensation était ainsi rendue possible dans toutes les actions. Du moment que la compensation était admise dans les actions de droit strict, entre des obligations qui ne dérivaient pas de la même cause, ils ne voient aucune difficulté à l'admettre dans tous les cas où le *bonum et æquum* dominait. Cependant nous croyons que l'on ne peut admettre que sous le système formulaire la compensation ait existé dans les actions *in rem* et arbitraires.

Rappelons pour mieux expliquer cette décision comment le défendeur arrivait à donner au juge le pouvoir de compenser. Ce n'est que dans l'exception de dol que le juge puisait le droit d'opérer la compensation. Or, comment admettre l'exception de dol dans les actions *in rem* et sur quel fondement l'établir. Vous avez par exemple usurpé un fonds dont je suis propriétaire et que je vous réclame. Quel dol peut-il y avoir de ma part à réclamer un bien qui m'appartient, lors même que je sois votre débiteur, ma demande ne dépasse pas les limites de mon droit. Quel dol puis-je commettre en employant la formule suivante : *Si paret hunc hominem ex jure Quiritium Auli Agerii esse.* La créance que vous pouvez avoir contre moi n'affaiblit ni ne détruit mon droit sur ce fonds ou sur cet esclave.

Cependant quelques auteurs admettent la compensation dans les actions *in rem* à l'époque du système formulaire. Et, en effet, disent ces auteurs, ce qui caractérise les actions arbitraires, c'est le *jussus* qui précède la sentence et au moyen duquel le juge ordonne au défendeur de restituer s'il

veut éviter la condamnation. La compensation n'était donc impossible qu'autant qu'il n'y avait pas lieu à compensation. S'appuyant sur ce raisonnement ils cherchent pour donner une base à leur décision à l'établir sur des textes admettant la compensation dans les actions personnelles arbitraires. Nous reconnaissons, en effet, qu'en présence de textes formels il serait difficile de ne pas admettre la déduction qui existe dans l'intention de nos adversaires ; mais les fragments sur lesquels ils s'appuient ne nous paraissent pas assez concluants pour nous faire admettre cette solution.

Les textes servant de base à l'opinion que nous combattons sont d'abord la loi 15 *de comp.*, mais il s'agit dans cette loi d'une compensation opposée du chef d'une action arbitraire et non à une action arbitraire. D'ailleurs jusqu'à ce que la condamnation n'ait transformé le droit réel du demandeur en un droit de créance, on ne peut établir une balance.

On nous objecte encore la loi 18 *de rei vind.* Ce texte établit un règlement amiable entre le possesseur de bonne foi et le propriétaire, mais ce n'est point une compensation proprement dite. Divers autres textes ont encore été invoqués par ceux qui admettent la possibilité de la compensation dans les actions arbitraires ; mais ils n'établissent pas assez nettement, croyons-nous, l'existence de la compensation dans les actions *in personam* arbitraires, pour que nous puissions en conclure qu'elle existât dans les actions *in rem*.

SECTION IV

CONDITIONS REQUISES POUR QUE LA COMPENSATION PUISSE AVOIR LIEU

Les conditions requises pour que la compensation puisse avoir lieu sont de deux sortes. Les unes sont relatives aux personnes et les autres ont trait à la qualité des créances qui peuvent entrer en compensation. Nous indiquerons d'abord entre quelles personnes la compensation a lieu ; et ensuite nous examinerons les qualités que doivent avoir les créances pour entrer en compensation.

§ I^er^. — *Entre quelles personnes la compensation a lieu.*

Papinien nous indique en ces termes entre quelles personnes la compensation peut avoir lieu : *Creditor compensare non cogitur quod alii quam debitori suo debet quamvis creditor ejus pro eo qui circumvenitur ob debitum proprium velit compensare.* Ainsi lors même qu'une tierce personne permettrait d'invoquer en compensation sa propre créance, le défendeur ne peut en profiter ; il ne peut recourir à la compensation qu'autant qu'il est personnellement créancier de son débiteur. Gordien confirme également ces principes en ces termes : *Ejus quod non ei debitur qui circumvenitur, sed alii, compensatio fieri non potest.* L'établissement de ces principes nous fournit l'occasion de faire remarquer une différence entre le paiement et la compensation ; en effet un tiers peut payer la créance d'autrui, mais il ne peut solder la dette d'autrui au moyen de la compensation. Il reste cependant à ce tiers qui veut payer pour autrui un moyen de rendre la

compensation possible ; il n'aura qu'à constituer le défendeur poursuivi *procurator in rem suam.*

La *procuratio in rem suam* n'est qu'un moyen ingénieux inventé par les Romains pour remplacer ce que nous connaissons sous le titre de cession de créance. Les Romains considéraient le lien auquel toute obligation donnait naissance comme absolument personnel, et ne pouvant en aucune manière être rompu, si ce n'est par le paiement. Le *procurator in rem suam* ne pouvait avoir recours à la compensation qu'autant qu'il y avait eu précédemment *litis contestatio*, car jusque-là, il n'était pas saisi de la créance, son mandat pouvait être révoqué[1]. *In rem suam procurator datus, post litis contestationem, si via mutua conveniatur, æquitate compensationis utetur.* Mais peu à peu la jurisprudence progressant, on finit par adoucir la rigueur des principes, et on accorda au *procurator in rem suam* des actions utiles même avant la *litis contestatio.*

Il faut également pour que la compensation puisse avoir lieu que la créance que le défendeur oppose au demandeur soit personnelle à celui-ci. Les conséquences de ce principe sont fort nombreuses, nous nous contenterons d'en signaler quelques-unes. Tertius, je suppose, est poursuivi par un tuteur agissant au nom de son pupille en paiement d'une dette qu'il a vis-à-vis de ce pupille ; il ne pourra opposer en compensation la créance personnelle qu'il peut posséder contre le tuteur et réciproquement. Prenons encore un autre exemple, chaque héritier ne représentant le *de cujus* que pour sa part héréditaire, un tiers ne pourra lui opposer en compensation une dette de l'héritier que jusqu'à concurrence de cette part.

Les principes que nous venons de poser sont adoucis par certaines exceptions. La plus importante se rencontre dans

[1] L. IV, h. t.

la matière de la fidéjussion. Le fidéjusseur qui n'est en réalité débiteur que pour autrui, peut, lorsqu'il est poursuivi par le créancier, opposer en compensation à celui-ci, non seulement ce qu'il lui doit personnellement, mais encore les créances existant contre le créancier commun au profit du débiteur principal. Mais cette exception pour être la plus importante, n'est pas la seule ; il en existe d'autres utiles à noter qui ont trait aux débiteurs solidaires et aux *correi promittendi.*

Lorsque les *rei promittendi* sont associés, l'action a le même résultat, qu'elle soit dirigée contre l'un ou contre l'autre ; le créancier est toujours obligé de subir la compensation qu'on lui oppose et dont chaque *reus* peut invoquer le bénéfice ; car, ils ne sont, si nous nous reportons à l'opinion de Pothier, qu'une seule personne, *societas facit ut quodammodo videantur una persona.* Mais, s'il n'y a pas société entre eux, la circonstance en vertu de laquelle le créancier devient débiteur de l'un d'eux ne pourra profiter à l'autre. L'obligation corréale n'en subsiste pas moins, jusqu'à la *litis contestatio* le créancier est libre de poursuivre celui qu'il lui plaît de choisir. Cependant tous les auteurs ne sont pas d'accord sur ce point ; M. Demangeat notamment enseigne que la compensation peut encore être opposée. Mais la loi 10 *de Duobus reis*, nous semble repousser victorieusement cette opinion. Nous croyons devoir signaler encore une autre exception indiquée par Paul. Ce jurisconsulte permet au fils de famille d'opposer en compensation ce qui est dû au père. Cette opinion est également soutenue par Donneau. Les termes dont se sert le jurisconsulte Paul sont généraux, *quæ debeantur*, dit-il ; d'ailleurs, comme le remarque le même jurisconsulte, le droit du demandeur est suffisamment garanti par la précaution, *ut caveat patrem suum ratum habiturum.*

§ II. — *Conditions relatives à la qualité des créances.*

Ces conditions sont de divers sortes ; nous les examinerons successivement. Tout d'abord faut-il pour que la compensation soit possible que les deux créances soient liquidées ? On entend par créance liquide, celle dont l'existence et le *quantum* sont certains. Justinien, dans la loi 14 au Code, exige, pour que la compensation soit possible, que la créance soit liquide. Mais cette décision constitue-t-elle véritablement une innovation ; la liquidité n'était-elle point exigée dès avant ce prince. Les auteurs sont en discussion sur ce point. Cujas pense que Justinien par cette décision ne fit que confirmer les anciens principes et que déjà sous le système formulaire la liquidité était exigée. Il invoque à l'appui de son opinion les lois 22 *de Comp.* et 3 *de Tutelæ et rationibus*. Assurément en ce qui concerne l'*argentarius*, il semble impossible d'admettre que la compensation ait jamais pu exister entre deux dettes non liquides ; comment, s'il en avait été autrement aurait-il pu opérer lui-même la compensation et se livrer à des appréciations parfois difficiles. Dans les actions de bonne foi, le juge avait, il est vrai, un pouvoir discrétionnaire pour se décider *ex æquo et bono*, il pouvait donc admettre la compensation, même lorsque la dette opposée en compensation lui semblait devoir donner naissance à des débats longs et compliqués : mais on peut objecter que dans tous les procès où l'intérêt ne portait pas sur une question d'argent, le juge devait se livrer à une estimation. Comment d'ailleurs, dans les actions de droit strict, le demandeur eut-il pu commettre un dol en ne déduisant pas de sa créance une dette douteuse et indéterminée ? Aussi, la plupart des auteurs pensent que la liquidité était nécessaire même avant Justinien. Desjardins rejette au contraire la condition de liqui-

dité et il estime que les textes invoqués par Cujas n'ont pas trait à la compensation.

Il faut, pour que la compensation soit possible, que les deux dettes soient exigibles. Jusqu'au *dies venit*, le créancier ne pouvant poursuivre le paiement de la dette, il ne pourra forcer le débiteur à opérer la compensation. La compensation n'est en effet qu'une sorte de paiement abrégé. Ulpien pose formellement cette règle. Mais il faut éviter avec soin de confondre le terme de droit avec le terme de grâce. Ce dernier n'est pas accordé au débiteur que par humanité pour lui, il ne peut retarder le paiement en refusant la compensation. L'exigibilité ayant été établie comme règle de la compensation, il semblerait qu'il y ait lieu d'exclure de la compensation toutes les dettes naturelles ; cependant la loi 6 pose en règle le principe contraire, dont la loi 7 *de pactis* fait une application.

Une dette soumise à une condition suspensive ne peut être opposée en compensation ; car son existence ne sera définitive qu'au jour où la condition se réalisera ; jusque-là, il n'y a qu'une espérance. Si le débiteur paie avant l'arrivée de la condition, il peut répéter par la *condictio indebiti.*

La fongibilité des deux dettes était-elle nécessaire pour qu'il y eut lieu à compensation. La question ne peut faire doute en ce qui concerne l'*argentarius.* La loi le forçant à opérer lui-même la déduction de ses dettes ; il ne pouvait être contraint d'estimer une dette de corps certain pour en opérer la déduction et s'exposer ainsi à la perte de son droit par une estimation inexacte. Mais dans tous les autres cas, cette opinion ne saurait se soutenir sous le système formulaire que par un oubli du principe qui dit que toute condamnation est pécuniaire. Le demandeur ne peut compter que sur la valeur de la chose et non sur la chose elle-même. En effet, les Romains, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, ne se préoccupaient que de la valeur des objets sans s'atta-

cher à leur nature. Dans toutes les actions de bonne foi, il suffisait que les deux dettes fussent nées *ex eadem causa* pour qu'il y eut lieu à compensation, nulle part une autre condition n'est exigée.

Marc Aurèle ne fit par son rescrit que généraliser cette doctrine et l'étendre aux actions *stricti juris* sans y ajouter d'autre condition. Le passage de Paul, que l'on pourrait invoquer pour soutenir l'opinion contraire, n'a trait qu'à l'*argentarius*, ainsi que nous avons essayé de le démontrer. D'ailleurs, l'exception que l'on est obligé d'établir en matière de dépôt ne démontre-t-elle pas la règle. La loi 4 au Code que l'on peut nous objecter ne traite que de *id quod plerumque fit*.

La compensation sous le système formulaire, après le rescrit de Marc Aurèle, a lieu dans toutes espèces d'actions, même dans les actions pécuniaires résultant d'un délit, telle que l'action *furti*, la *condictio furtiva* et les actions *noxales*, et elle peut être invoquée par tout débiteur.

Nous devons cependant noter en terminant que l'objet peut encore être un obstacle à la compensation ; ainsi les créances d'aliments ne pouvaient être susceptibles de s'éteindre par voie de compensation ; les aliments étant nécessaires à la vie, les jurisconsultes regardaient comme un crime de ne pas les fournir. Paul nous enseigne encore que la compensation était impossible dans l'action de dépôt, mais nous reviendrons plus loin sur cette décision relativement au droit de Justinien.

SECTION V

COMMENT S'OPÈRE LA COMPENSATION

La compensation s'opérait-elle à Rome par le seul effet de la loi, et sans aucune intervention de l'autorité judiciaire ; devait-elle au contraire être prononcée judiciairement pour produire ses effets, soit dans le passé, soit dans l'avenir ; en un mot, la compensation était-elle légale ou judiciaire, telle est la question que nous avons à examiner dans ce paragraphe. Justinien nous enseigne dans les Institutes que la compensation s'opère à Rome, *ipso jure ;* et ces mots se retrouvent également au Digeste et au Code dans divers textes. L'interprétation de ces mots a donné lieu à des discussions multiples de la part des commentateurs du droit romain pour savoir si la compensation était légale ou judiciaire. D'anciens et éminents interprètes, parmi lesquels nous devons citer Cujas, le plus illustre de tous, arguant de ces mots : *ipso jure*, ont soutenu qu'à Rome, la compensation n'était pas l'œuvre du juge, mais qu'elle s'opérait par l'effet direct de la loi et à l'insu des parties ; de telle sorte que le jour où les deux dettes se trouvaient co-exister, elles s'éteignaient jusqu'à concurrence de la plus faible. Cette théorie était autrefois presque universellement admise, et elle a puissamment contribué à l'établissement de la compensation légale, telle qu'elle existe dans notre législation. D'après les partisans de cette opinion, la mission du juge se bornait à constater l'existence de la compensation, comme il peut parfois être appelé à constater, à vérifier un paiement ou une novation.

Les jurisconsultes modernes contestent que cette théorie, admise par nos anciens interprètes ait été celle du droit

romain ; et ils sont unanimes ou presque unanimes pour la rejeter, déclarant que par ces mots *ipso jure* qui se trouvent dans quelques textes du droit romain, Justinien a entendu décider qu'il ne serait plus nécessaire de recourir à une exception pour invoquer la compensation.

En admettant que la compensation s'opérait par le seul effet de la loi, on la range parmi les modes d'extinction des obligations comme le paiement. Cependant ni Gaius, ni Justinien ne nous signalent la compensation comme un mode d'extinction des obligations. Si la compensation avait réellement eu ce caractère à Rome, il serait impossible d'expliquer le silence de Gaius sur une réforme aussi complète que celle-là.

Les textes invoqués pour soutenir l'opinion que nous combattons ne sont pas concluants et ne peuvent servir de fondement sérieux à cette opinion. Ces textes sont d'abord le passage des sentences du jurisconsulte Paul, précédemment cité : *si totum petas plus petendo cadis ;* mais nous avons déjà démontré que ce texte a trait à l'*argentarius.* Les lois 4 et 21 *de Comp.* se rapportaient également à l'*argentarius ;* car la plus-pétition s'y trouve mentionnée ; mais Justinien voulant les approprier à sa législation, en a retranché la mention relative à l'*argentarius* et y a ajouté les mots *ipso jure.*

Le système de la compensation légale explique très bien, dit-on, cette autre règle admise en droit romain, d'après laquelle les intérêts cessent de courir du jour de la co-existence des deux dettes. Cette règle ne s'explique pas plus difficilement en admettant la théorie que nous soutenons. En effet, la cessation du cours des intérêts a sa base dans le principe d'équité qui a fait admettre la compensation et dont elle n'est que le développement, ce qui est confirmé par la loi 4 *de Comp.*, C.

On objecte encore en s'appuyant sur la loi 10, § 1 *de Comp.* que celui qui a payé une dette, sans opposer la compensa-

tion, n'a plus de ressource pour obtenir ce qui lui est dû que dans la *condictio indebiti*. La *condictio indebiti* appartient à tout débiteur qui paie une dette, qu'il eût pu repousser par une exception perpétuelle. La compensation rentre évidemment dans la classe des exceptions perpétuelles ; on ne peut donc se baser sur la *condictio indebiti* accordée au débiteur qui n'a pas excipé de la compensation, pour prouver que les deux dettes s'étaient éteintes de plein droit. D'ailleurs, l'objection qui nous occupe est victorieusement repoussée par la loi 12, C., *de Comp.* qui établit d'une façon péremptoire que le débiteur conserve l'action attachée à son ancienne créance, ce qui ne s'expliquerait pas avec le système de la compensation légale. Nous pouvons encore citer la loi 7, § 1, *de Comp.*: *Si rationem compensationis judex non habuerit, salva manet petitio.* Sous le système de la compensation légale, on ne pourrait évidemment exercer en justice une action éteinte par l'effet de la loi. Le défendeur aurait alors subi une condamnation injuste ; mais de toute évidence, il ne pourrait fonder une action sur un droit qui n'existerait plus.

Comment enfin expliquer avec le système de la compensation légale la règle d'après laquelle le *correus non socius* ne peut opposer la compensation du chef de son *correus ?* (L. 10, *de Duob. reis.*) Il n'est pas permis d'admettre qu'il n'eût pu se prévaloir de l'extinction de la dette. La dette éteinte au regard de l'un ne pouvait subsister à l'égard des autres, et il est loisible à toute partie intéressée d'invoquer sa libération survenue par l'extinction de la dette.

Justinien recommande d'un autre côté aux juges de n'admettre la compensation, ni avec trop d'empressement, ni avec trop de répugnance. Ces recommandations ne se comprendraient plus, si Justinien avait admis le système de la compensation légale. Il est manifeste que les juges n'auraient eu dans ce cas aucun pouvoir d'appréciation, leur mission se

fut bornée à constater l'extinction de l'obligation par la compensation.

Si la compensation est légale ; elle ne sera plus possible qu'entre deux dettes ayant pour objet des choses parfaitement fongibles. Comment, en effet, comprendre une compensation légale entre deux dettes d'objets différents ? Or il existe des textes qui prouvent que la compensation pouvait avoir lieu, lorsqu'il s'agissait de corps certain. (L. 18, § 4, *de Comp.;* l. 30, § 1, *de Comp.;* l. 6, C., *ibidem.*) La compensation légale suppose forcément l'identité de dettes ; on ne peut forcer un créancier à recevoir autre chose que ce qui lui est dû. Nous pouvons encore faire remarquer que dans le système de la compensation légale, l'ignorance des deux dettes ne nuit point à la compensation. Justinien condamne donc encore cette opinion en exigeant la liquidité comme nécessaire pour que la compensation puisse s'opérer. Nous ne pouvons pour ces diverses raisons admettre que ces mots *ipso jure* désignent la compensation légale.

Il nous reste donc à en rechercher le sens. Plusieurs explications ont été proposées par divers auteurs. Dans un autre système, on enseigne que ces mots *ipso jure* signifient que les parties sont un droit acquis à la compensation qui ne dépend ni des rapports entre particuliers, ni de la discrétion du juge. Telle est l'opinion de M. de Vangerow. C'est aussi l'opinion enseignée par M. Demangeat dans son traité de Droit romain. D'un côté, cette théorie est en contradicton avec les textes qui nous montrent l'intérêt que peut faire naître les rapports divers qui existent entre particuliers. D'autre part, n'est-il pas certain que du moment où le défendeur est devenu créancier du demandeur, son droit à la compensation est désormais acquis ? Il est aussi vrai de dire que dans les actions de bonne foi la compensation dépend du pouvoir du juge ; cependant Ulpien déclare qu'elle a lieu *ipso jure.*

Ces mots *ipso jure* n'ajoutent donc rien au texte en suivant cette interprétation.

Un troisième système enseigne que ces mots *ipso jure* attribuent pour effet à la compensation de remonter, une fois qu'elle est invoquée, au jour où les deux dettes ont coexisté et de produire ainsi tous les effets d'un paiement. Quand les parties font valoir la compensation ; elle a lieu avec la force d'un mode d'extinction des obligations agissant *ipso jure.* Cette fiction n'a jamais existé en droit romain ; nous n'en trouvons aucune trace chez les jurisconsultes. De plus, il n'est nullement nécessaire d'avoir recours à cette fiction pour expliquer les effets rétroactifs de la compensation qui n'ont d'ailleurs jamais été contestés. Il suffit pour expliquer cet effet rétroactif de se reporter à la loi 66, *de Regulis juris.* Il n'est pas probable que Justinien ait eu la pensée d'exprimer d'une façon aussi obscure une doctrine ancienne et non contestée.

Nous rejetons tous ces systèmes et nous admettons avec MM. Donneau, Vinnius et tous les interprètes modernes que la compensation resta judiciaire sous Justinien, comme elle l'était auparavant. Les mots *ipso jure* qui désignent habituellement un effet juridique produit par la loi sans le fait de l'homme, forment opposition aux mots *exceptionis ope.* Selon nous, Justinien a entendu signifier par ces mots que la compensation aurait désormais lieu, sans que l'on soit obligé d'avoir recours à une exception.

Certains auteurs admettent cependant un cas exceptionnel dans lequel la compensation se serait, d'après eux, opérée en vertu de la loi. Ce cas est celui où deux associés sont tenus l'un envers l'autre d'obligations légales, loi 10, § 1, *de Comp.* Sauf cette exception, la compensation resta toujours judiciaire à Rome. Elle devait être opposée par le défendeur et prononcée par le juge pour prodnire ses effets. Si le juge a rejeté la compensation, l'action subsiste, de même lorsqu'il

n'a pas statué sur la validité de la créance compensable, car alors on ne viole pas, en agissant de nouveau, le principe de la chose jugée.

SECTION VI

EFFETS DE LA COMPENSATION

La compensation, ainsi que nous venons de le dire, ne résulte jamais de la coexistence des deux dettes. Il faut qu'elle soit invoquée devant le juge et prononcée par lui. Si le défendeur qui peut se servir de la compensation n'use pas de ce moyen, il conserve dans toute son intégrité son ancienne action pour l'exercice de sa créance ; il en serait de même dans le cas où le juge aurait négligé la créance du défendeur, comme devant entraîner de trop longs débats, car alors son droit n'a pas été déduit *in judicium*. Mais il n'en serait plus ainsi dans l'hypothèse où le juge, après examen de la créance du défendeur, l'aurait rejetée comme mal fondée ; car s'il agissait de nouveau, il se heurterait à l'exception de chose jugée.

La compensation une fois admise par le juge, les deux dettes sont éteintes comme par l'effet d'un paiement. Cette extinction rétroagit au jour où s'est produite la coexistence des deux dettes. C'est ainsi que les intérêts cessent de courir à partir de ce jour, alors même que l'une des deux dettes seulement est productive d'intérêts, ainsi que l'enseigne Ulpien. Il ne peut donc y avoir de doute en aucun cas. Cette décision est due à Septime Sévère et dérive de l'équité. La compensation ressemble par cette rétroactivité au paiement dont elle diffère sous d'autres rapports. C'est ainsi, en effet,

que la compensation éteint les dettes pour partie, tandis que le paiement partiel est absolument impossible.

Examinons successivement les divers cas qui peuvent se présenter. D'abord les deux dettes peuvent être égales ; alors leur extinction est complète et absolue ; si la créance du défendeur se trouve être la plus forte, il doit encore être absous. Si au contraire c'est la créance du demandeur qui est supérieure, alors la condamnation ne pourra porter que sur la différence. Certains auteurs contestent cette règle en ce qui concerne les actions de droit strict. Nous avons réfuté leur opinion, en prouvant que l'effet de l'exception de dol, au moyen de laquelle la compensation est admise dans les actions de droit strict, peut être de diminuer la condamnation. D'ailleurs, nous pouvons encore ajouter, pour compléter cette réfutation, que Justinien nous présente le rescrit de Marc Aurèle comme ayant eu pour effet d'étendre aux actions de droit strict une doctrine autrefois restreinte aux actions de bonne foi. Théophile déclare également que tel fut l'effet du rescrit de Marc Aurèle. L'opinion que nous combattons détruit presque tous les effets du rescrit de Marc Aurèle, car elle oblige le créancier à faire lui-même la réduction, ce qui n'est possible qu'autant que les deux dettes ont le même objet.

Les accessoires de la créance, tels que le gage, l'hypothèque, disparaissent avec elle ; il n'en est plus ainsi, lorsqu'il reste un reliquat ; ces accessoires survivent, car le gage et l'hypothèque sont indivisibles et garantissent la moindre fraction de la dette.

Les coobligés sont aussi libérés par l'effet de la compensation. Ainsi les fidéjusseurs profitent de la compensation prononcée. Mais en ce qui les concerne, l'effet rétroactif est discuté. Les *correi debendi* peuvent eux-mêmes se prévaloir de la compensation.

La compensation, bien qu'elle ne fût pas assimilée au paiement, donnait à celui qui avait payé par erreur une dette qu'il eût pu compenser la *condictio indebiti*. Cette règle s'explique par cette autre qui dit que celui qui a une exception perpétuelle à son service peut répéter ce qu'il a indûment payé.

CHAPITRE III

Procédure extraordinaire. — Innovations de Justinien.

La procédure formulaire, sous laquelle nous venons d'examiner les diverses phases de la compensation, s'affaiblit peu à peu et finit par disparaître complètement sous l'influence de la procédure extraordinaire qui devint le droit commun. Ce dernier système se caractérise par l'abolition de l'*ordo judiciorum*, le *jus* et le *judicium* sont confondus. Il n'y a plus qu'une seule instance qui commence et finit devant le magistrat. Le juge dont la compétence se trouvait autrefois limitée dans les termes de la formule, acquiert une compétence générale; c'est le magistrat devenu juge qui grâce à son *officium*, doit tenir compte des intérêts et des droits des parties autrefois garanties par la formule. L'équité est la base de ce système.

Sous ce système, la distinction existant autrefois entre les actions de droit strict et les actions de bonne foi est disparue. Mais il ne s'ensuit nullement que la compensation pût exister dans les matières donnant lieu autrefois à une action de droit strict, sans avoir besoin d'être opposée par toutes les parties : aucun texte n'indique ce changement capital. L'exception se transforme seulement en un moyen de défense qui, comme tout autre, pourra être opposé jusqu'à la sentence et même après la *litis contestatio*.

La procédure extraordinaire apparaît encore avec une

autre modification importante. La condamnation n'est plus nécessairement pécuniaire, elle peut atteindre l'objet de l'obligation lui-même, et M. Lair va jusqu'à en conclure que la compensation devint par suite impossible toutes les fois que les objets étaient différents et que les obligations respectives ne se résolvaient pas en prestations d'argent. Partant de ce principe, M. Lair enseigne que sous la procédure extraordinaire la compensation n'existait pas dans les actions *in rem*, si ce n'est pour les prestations personnelles accompagnant ces actions. Quant à nous, nous avons soutenu précédemment qu'elle n'avait pas existé sous le système formulaire. Mais il nous semble difficile d'admettre qu'elle ait disparu dans ces sortes d'actions, si elle y avait été précédemment admise; car les textes ne nous signalent ce changement en aucun endroit. D'ailleurs la compensation peut encore s'appliquer, et en effet le changement s'est opéré peu à peu et le magistrat jugeant lui-même a pu conserver le pouvoir qu'avaient toujours eu les juges d'apprécier la dette en argent.

Il nous reste maintenant à examiner ce que devint la compensation sous Justinien. Les décisions de Justinien sur la matière sont consignées dans la loi 4 au Code, *De compensatione*, et les Institutes en font l'analyse. Justinien s'exprime ainsi dans la loi 14, *Code de Comp.* : *Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda.* Nous ne reviendrons point ici sur la discussion qui s'est élevée entre les commentateurs sur la signification des mots *ipso jure*. Nous avons déjà examiné le sens de ces termes soit sous le système formulaire, soit à l'époque de Justinien, et nous avons démontré qu'avant comme après Justinien la compensation continua d'être judiciaire, et que ce principe n'apporta aucune modification aux règles de la compensation sous ce rapport. Ces mots, avons-nous dit, s'expliquent d'eux-

mêmes par l'examen du contexte du § 30 des Institutes qui fait ressortir l'opposition existant entre les mots *ipso jure* et l'autre membre de phrase : *opposita doli moli exceptione.*

Cependant Justinien introduisit quelques innovations. Ce fut lui qui, d'après nous, introduisit la compensation dans les actions *in rem*. On a critiqué sévèrement cette innovation en disant que Justinien n'avait pu sacrifier le droit réel au droit personnel : M. Gide, notamment, est de cet avis. Néanmoins nous persistons à croire que telle était la décision de Justinien. Les termes dont il s'est servi ne laissent place à aucun doute. Si cette décision semble trop rigoureuse au demandeur, il sera libre d'en prévenir les effets en payant sa dette avant d'agir. D'ailleurs, Justinien admit une exception que nous indiquons plus loin.

Il généralisa la condition de liquidité. Désormais il exige que les créances opposées en compensation soient *jure aperto*, c'est-à-dire sinon liquides, du moins d'une liquidation prompte et facile. Le juge possède à cet égard un pouvoir d'appréciation. Mais il lui est recommandé de ne pas admettre en compensation une dette dont l'examen aurait pour but de retarder l'issue du procès. Son pouvoir d'appréciation s'étend à toute dette opposée au cours d'un procès ; soit au commencement, soit à la fin, il lui est toujours loisible de la rejeter, si elle ne lui semble pas liquide. Mais, lorsque le juge écarte l'exception pour défaut de liquidité, il réserve la compensation. (Loi 14, *C. de Comp.*)

Il existe cependant quelques exceptions au principe de la compensation qui doivent leur origine à ce principe :

1° La première exception admise est relative au dépôt. Bien que Justinien indique formellement son intention d'innover, certains auteurs s'autorisant d'un texte de Paul (*Sent.*, l. II, t. XII, § 2), soutiennent que cette exception existait déjà avant Justinien. Nous ne le croyons pas, car cette dérogation au principe de la compensation nous semble trop

contraire aux textes généraux de Gaius, et elle n'eût pas manqué d'entraîner une révolution dans la procédure.

2° La deuxième exception a trait au propriétaire dépouillé par violence d'un objet dont il réclame la propriété : *Spoliatus ante omnia restituendus*, disent nos anciens auteurs. Nous trouvons cette exception mentionnée dans la loi 14, § 2 : *Possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur*. Enfin certains auteurs voient dans la loi 4 au Code *de commodato* une autre exception à la compensation que nous croyons devoir rejeter ; car on peut expliquer cette loi par la rétention, et il existe par ailleurs au Digeste un texte qui démontre clairement que la compensation était admise contre l'action *commodati*.

APPENDICE

Compensation opposée au fisc.

En principe, la compensation peut être opposée au fisc [1], ou à une cité (*respublica*) [2] comme aux particuliers, et elle produit contre le fisc et les particuliers les mêmes effets qu'entre les particuliers.

Il existe cependant en cette matière des dérogations importantes au droit commun ; ainsi lorsqu'un patrimoine est divisé en plusieurs administrations, le débiteur poursuivi peut opposer en compensation à chaque administrateur toutes les créances qu'il possède contre le patrimoine entier. Il n'en est plus ainsi dans l'espèce qui nous occupe, il faut, pour qu'elle soit admise, que le fisc, en tant que créancier et que débiteur d'une même personne, soit représenté par la même *statio* (de même, chez nous, il faut que l'État soit représenté par le même bureau).

On ne peut déterminer d'une manière exacte ce que l'on entendait par stations ; si ce mot s'appliquait aux administrateurs différents ou aux bureaux d'une même administration. Il était sans doute nécessaire pour éviter la confusion que ce fut le même bureau qui fut créancier et débiteur, à cause de l'immense étendue de l'empire.

[1] Loi 26, D., h. t.
[2] Loi 3, *Code*, h. t.

La loi 3 au Code (h. t.) nous indique les cas exceptionnels où la compensation ne peut être opposée au fisc.

Elle n'a pas lieu quand on l'oppose :

1° *Ex Kalendario* (prêt à intérêt) ;

2° *Neque ex vectigalibus vel tributis* (en matière d'impôts) ;

3° *Neque ex frumenti vel olei publici pecunia.*

Mais sur ce point deux lois de notre titre, au Digeste, les lois 17 et 20 (h. t.) semblent se contredire. Dans la loi 17, le jurisconsulte Papinien admet la compensation quand un édile, chargé de distribuer au peuple des provisions, détourne à son profit personnel une partie de ces provisions, et est condamné. Cette condamnation se compensera avec ce qui sera dû à cet édile par le fisc. Dans la deuxième loi (loi 20), Papinien suppose qu'un *curator annonæ* a été condamné pour spéculations coupables sur les provisions de l'armée pendant une expédition, et refuse la compensation en pareil cas, car, ainsi que l'enseigne Ulpien, « il est nécessaire que dans toutes les choses publiques, l'argent des subsistances ne souffre point de retard dans le paiement. » Mais cette contradiction n'est qu'apparente. Ces deux textes prévoient chacun une hypothèse différente comme nous l'enseigne Cujas [1]. Il suffit en effet de remarquer que les deux magistrats ne sont pas les mêmes : la faute du dernier est évidemment plus grave, aussi le jurisconsulte lui refusait-il la compensation.

4° *Neque alimentorum.* Elle n'est pas accordée à celui qui est débiteur d'aliments dus aux pauvres d'une ville, aux établissements charitables.

5° *Neque ejus qui sumptibus statutis servit* (créances destinées à payer les fonctionnaires). Cette décision avait pour but d'assurer à l'État le concours des fonctionnaires, et d'éviter

[1] Cujas, *Observ.* 2, *C.* 23. M. Desjardins au contraire pense que dans la loi 17 il s'agit de largesses faites par le prince (Edulitas), op. cit,, p. 147.

que n'étant pas payés, ces fonctionnaires ne voulussent pas remplir leurs emplois.

6° *Neque fideicommissi* (fidéicommis fait à une cité).

7° Enfin la loi 43, § 5 (L. 49, t. XIV, D.) nous présente une dernière exception en défendant la compensation entre une chose achetée à l'État et la créance qu'on peut avoir contre lui.

Il nous reste à indiquer deux décisions données dans les lois 19 et 12 (h. t., D.). La loi 19 décide que la personne poursuivie par le fisc et qui est créancière d'un *servus publicus* peut opposer au fisc la compensation jusqu'à concurrence du pécule de cet esclave public. Enfin Ulpien, dans la loi 12, nous apprend que les créances du fisc, aussi bien que celles des autres personnes, sont régies par la constitution de *Septime Sévère* rappelée par la loi précédente (loi 18), d'après laquelle le cours des intérêts de deux dettes qui se compensent est interrompu de plein droit du jour où elles ont coexisté. Cette décision est fondée sur une considération d'équité.

Quand la compensation est admissible contre le fisc, il faut que la personne qui l'invoque prouve dans le délai de deux mois l'existence de sa créance [1]. C'est là une disposition exceptionnelle qui montre bien que la liquidité n'est point exigée en droit commun pour qu'une créance soit opposable.

[1] L. 46, § 4, *de jure fisci.*

DROIT FRANÇAIS

DE LA COMPENSATION

DANS L'ANCIEN DROIT

NOTIONS GÉNÉRALES

La législation des Romains ne devait pas disparaître avec leur domination. Lorsque ce grand empire fut renversé et tomba sous les coups des Barbares, l'antique esprit de Rome survécut chez les nations qui avaient jadis été ses provinces, et qui avaient été profondément pénétrées de son esprit de civilisation. D'ailleurs les Barbares, une fois maîtres d'une partie du territoire romain, n'imposèrent pas leurs lois aux vaincus, qui restèrent soumis à la législation romaine.

Alaric, roi des Visigoths, fit même, au commencement du VI^e^ siècle, composer un recueil des lois romaines, connu sous le nom de *Bréviaire d'Alaric*, qui contient des textes importants sur la compensation ; et les sujets romains de son empire continuèrent à être régis par les lois contenues en ce recueil, appelé aussi *lex Romana Visigothorum*. De même les Burgondes continuèrent à soumettre aux lois romaines les Gallo-Romains situés dans leur empire, qui reçurent d'eux

un code, dit le *Papien*. Mais avec le temps une fusion s'opéra entre les divers peuples ; les lois, de personnelles qu'elles étaient, devinrent territoriales. Le Nord, plus profondément pénétré par l'invasion, fut régi par des coutumes ; le Midi qui s'en était moins ressenti le fut par le droit romain, et l'on appela ces pays, *pays de droit écrit*. Ce changement se fit insensiblement ; nous savons seulement que dès le IX^e^ siècle il était consommé, car Charles-le-Chauve laisse apercevoir, dans un édit rendu en l'an 804, la distinction entre les *pays de droit coutumier*, au nord de la Loire, et les *pays de droit écrit* au sud de ce fleuve.

Dans le midi de la France, où régna le droit romain, l'application de la compensation se maintint toujours au temps barbare comme à l'époque féodale.

En effet, ces pays ne sont autres que ceux qui avaient été possédés par les Visigoths et les Burgondes ou Bourguignons. La *lex Romana* qui continua toujours à régir les sujets romains soumis à ces barbares, et qui n'avait pu faire pénétrer la compensation chez ces barbares, devint plus tard le droit commun des Romains qui demeuraient dans le midi de la Gaule ; quand le royaume des Bourguignons fut tombé et que les Visigoths eurent perdu la plus grande partie de ce qu'ils possédaient en France, et ce droit, fait d'abord pour une certaine classe de personnes, finit par régir tout un pays. On comprend donc que la compensation ait toujours été admise par les parlements des provinces de droit écrit.

Si nous laissons de côté ces pays, appelés ainsi que nous venons de le dire *pays de droit écrit*, pour examiner l'histoire de la compensation dans les provinces du Nord où se trouve le berceau de la nation française, à l'origine nous ne trouvons rien dans les lois barbares qui puisse se rapporter à la compensation ni à la reconvention, presque jamais il n'est question d'obligations. M. Guizot fait remarquer à ce sujet que chez tous les peuples, le droit des obligations n'apparaît

qu'après la formation de l'ordre social. Jusqu'à ce moment les conventions et les rapports des hommes se règlent d'après les principes du droit naturel. La détermination légale de cette portion du droit n'arrive, dit le même auteur, qu'avec le plus grand développement de l'ordre social.

La compensation fut également bannie par le droit féodal qui suivit l'époque barbare, et les jurisconsultes de cette époque nous signalent ce bannissement comme étant le résultat de la patrimonialité des justices. Les seigneurs la repoussèrent énergiquement comme contraires à leurs intérêts, parce qu'elle diminuait le résultat des procès. Or ces seigneurs étaient intéressés à leur accroissement, puisqu'ils en tiraient un fort bon revenu. L'étude du droit originaire de la France nous apprend, en effet, que les seigneurs appelés justiciers, du droit qu'ils avaient de rendre la justice, droit qui leur provenait des chartes d'immunité et de la délégation royale, s'adjugèrent d'abord une partie de la valeur des choses qui faisaient l'objet de la contestation; ensuite, ils vendirent les offices de judicature et affermèrent les droits de greffe. Aussi il s'établit un grand principe qui domine toute le législation du moyen âge en matière de compensation. « Compensation n'a pas lieu en cour laye, » dit-on. On peut encore motiver cette prohibition sur la crainte que les seigneurs avaient de laisser empiéter sur leurs souveraineté politique et sur les rigueurs de la procédure. Mais il n'en est pas moins certain que la patrimonialité des justices aida à maintenir cette restriction.

Nous arrivons ainsi, sans rencontrer aucune trace de la compensation jusqu'au XIII^e^ siècle, époque à laquelle fut rédigé le coutumier fameux connu sous le nom d'*Assises de Jérusalem*, qui nous représente encore la compensation comme absolument interdite. Quelques auteurs, s'appuyant sur des textes de Philippe de Beaumanoir et de Pierre de Fontaines, ont essayé de prouver que, dès cette époque, la

compensation existait dans quelques cas ; mais nous croyons avec M. Desjardins, que cette interprétation ne traduit pas exactement la pensée de ces auteurs. A partir du XIIIe siècle le droit féodal se développe, se corrige et se transforme sur beaucoup de points. Les rois, les juges, la coutume, y apportent chaque jour de nouvelles modifications ; la procédure se transforme également, et l'on arrive enfin à faire admettre la compensation dans quelques rares exceptions.

Mais à côté de ces deux législations dont nous venons de parler, il s'en éleva une troisième appelée *droit canonique*, droit qui eut une grande autorité dans notre ancienne France. Dès le principe, l'Église se réserva la connaissance de certaines affaires qui, par leur nature, se liaient intimement à la religion ; telles étaient les questions qui avaient trait au mariage et au serment. La compétence des tribunaux ecclésiastiques se forma ainsi *ratione materiæ*.

Elle se développa également *ratione personæ ;* ainsi les clercs furent soustraits à la justice féodale.

Cette compétence prit une extension considérable par l'accroissement que donna l'Église aux affaires qui lui étaient originairement soumises. Le clergé, pénétré des sentiments d'équité et imbu des principes du droit romain, jugeait d'une manière plus éclairée que les justices féodales qui ne consultaient guère que le droit de la former.

Aussi était-ce un véritable avantage que d'être soumis à la juridiction ecclésiastique. L'Eglise admit, au moyen âge, la compensation et la reconvention alors que les cours laïques s'obstinaient à repousser ces institutions équitables. Le droit canonique voit dans la compensation un paiement tacite qui s'opère de plein droit, pourvu que les dettes soient liquides et que l'objet de l'une d'elles ne vienne pas du dépôt. Cette législation s'unit pour lutter opiniâtrément contre le droit féodal avec le droit romain, qui acquit à cette époque une grande autorité. C'est en effet à cette époque,

au XIII[e] siècle, que les Pandectes furent découvertes, et il s'opéra alors une grande révolution dans la science du droit. On se livra avec ardeur à l'étude de ces débris importants de la civilisation romaine, on se passionna même pour un droit qui paraissait d'autant plus parfait que l'on ne pouvait le comparer qu'aux coutumes informes qui nous tenaient lieu de lois.

Il s'éleva même sur certaines questions une lutte ardente entre les canonistes et les jurisconsultes du droit civil ; et notamment sur la question de savoir si la compensation devait être accordée à celui qui avait juré de payer. Les canonistes refusaient à ce débiteur le bénéfice de la compensation; car, disaient-ils, le serment est *stricti juris*. Les jurisconsultes combattaient au contraire pour l'affirmative ; le serment, dit l'un d'eux, reçoit toutes les conditions sous-entendues et limitations qui sont de la nature de l'acte à propos duquel il est prêté. Il existait également dans le droit canonique une compensation appelée irrégulière, *injusta*, et qui consiste à prendre à son débiteur une chose qui lui appartient afin d'obtenir son paiement. Nous n'entrerons pas dans les détails de cette compensation qui entraînerait de trop longs développements, nous nous contenterons seulement de la signaler en passant. Cette compensation fut d'ailleurs vivement combattue par les jurisconsultes.

L'influence du droit canonique et celle des légistes, gens profondément versés dans l'étude du droit romain, ne tarda pas, avec le secours de nos rois, qui se firent aider par les légistes, dans la rédaction de leurs ordonnances, à faire apparaître dans nos lois une renaissance du droit romain, et c'est ainsi que la compensation fit sa première apparition dans notre droit. Les coutumes notoires jugées au Châtelet, de 1300 à 1387, consacrent la compensation en la restreignant *de liquido ad liquidum*.

Jean Desmares, qui vivait sous Charles V et Charles VI,

reconnaît aussi que la compensation était admise à cette époque. Nous pouvons conclure des passages où cet auteur traite de la compensation, qu'elle avait lieu en matière de dettes liquides, quand les objets étaient des choses fongibles entre elles. Bouteiller y fait également allusion. Au XVI[e] siècle les jurisconsultes admettent sans difficulté la compensation, mais il fallait alors que les parties se pourvussent de lettres royaux. Devons-nous en conclure que les lettres royaux eussent rendu la compensation possible si elle n'avait déjà été admise ; nous ne le pensons pas ; ils ne furent introduits que pour sanctionner une coutume déjà établie et fournir à la royauté l'occasion de percevoir un droit. Ce qui est du reste certain, ainsi que l'atteste Charondas, c'est que les lettres royaux ne furent jamais exigés devant les justices inférieures.

Au XVI[e] siècle, le droit coutumier se perfectionna ; la transformation, qui se préparait depuis longtemps, est accomplie. La lutte du droit romain et du droit canonique contre le droit féodal est terminée, la théorie romaine a pénétré dans notre droit, dont elle inspire les décisions. La royauté, dont la force s'était accrue, intervient dans l'administration de la justice et impose même son intervention en certaines matières ; c'est à cette époque que se rédigent les coutumes qui conservent une législation désormais constante. Mais pour connaître la législation française en matière de compensation, il faut encore distinguer à cette époque les pays de droit et les pays coutumiers.

Dans les pays de droit écrit, autrefois régis par le droit romain, la compensation s'y est toujours maintenue, et elle est admise sans difficulté devant toutes les juridictions sans lettres royaux. Les pays coutumiers se divisent en trois classes distinctes. Nous avons d'abord les Coutumes qui reconnaissent expressément la compensation ; telle est la Coutume de Paris qui, dans l'article 105 de sa rédaction, pose ce

principe : « la compensation a lieu d'une dette claire et liquide, » mais dans ces Coutumes on exigeait devant les juridictions supérieures des lettres royaux pour rendre la compensation possible. Cependant cet usage finit par disparaître, et le Parlement lui-même en arriva à dispenser les parties de cette formalité dispendieuse.

Il existait un certain nombre d'autres Coutumes qui semblent prescrire toute compensation. Parmi ces Coutumes, nous citerons celle de Tournai de Lille ; mais les commentateurs de ces Coutumes nous apprennent qu'on était reçu à en purger la rigueur au moyen des lettres royaux. Enfin la plupart des Coutumes reproduisent la disposition de la Coutume de Paris que nous avons rapportée ci-dessus.

Quelques-unes, cependant, sont muettes sur la compensation : Anjou, Artois, Berry, Bourgogne.

Néanmoins, à l'exception de quelques Coutumes, la compensation était généralement admise par le droit coutumier. Là où elle n'était pas la règle on était admis à l'opposer au moyen de lettres royaux.

L'usage de ces lettres diminua de plus en plus, et il paraît avoir entièrement cessé de subsister dans le dernier état du droit.

Il nous resterait à examiner à quelles conditions s'opérait la compensation dans l'ancien droit, mais nous laisserons de côté cette étude qui entraînerait de trop longs développements. Ces conditions avaient d'ailleurs une ressemblance presque complète avec les conditions nécessaires pour la compensation dans le droit moderne.

Pour terminer cet aperçu sur la compensation dans notre ancien droit ; il nous reste à dire quelques mots sur la nature de la compensation dans l'ancien droit.

Les pays de droit écrit subirent probablement les mêmes variations que les interprètes du droit romain ; mais la doctrine de la compensation légale, soutenue par Cujas et les

autres interprètes du droit romain, devait finir par prévaloir au Midi, après avoir été reconnue par les pays de droit coutumier.

Dans les pays de coutume, jusqu'au XVI^e^ siècle, la compensation n'était considérée que comme une exception, et ce qui le prouve, c'est qu'on la confondait avec la reconvention. Jusqu'à cette époque elle resta judiciaire, mais au XVI^e^ siècle Cujas, Domat et Pothier, et tous les jurisconsultes de l'époque finirent par faire pénétrer dans le droit coutumier, la doctrine de la compensation légale qu'ils croyaient être celle du droit romain. Ce principe était incontesté à la fin du XVIII^e^ siècle, et les législateurs modernes trouvèrent partout en vigueur la compensation légale qu'ils ont consacrée dans le Code.

DROIT ACTUEL

DE LA COMPENSATION

SOUS L'EMPIRE DU CODE CIVIL

(Liv. III, tit, III, ch. IV, § 4).

Les rédacteurs du Code puisèrent dans Domat et dans Pothier les principaux documents sur lesquels ils se sont appuyés pour constituer le titre des Obligations. On a même remarqué que la section qui traite de la compensation était une traduction presque littérale des principes proclamés par Pothier ; principes extraits du droit romain ; aussi la théorie du Code sur la compensation ressemble beaucoup à la théorie du droit romain dans son dernier état, dont Pothier était admirateur.

Les législateurs trouvèrent la compensation établie quand ils eurent à donner une loi unique à la France ; et ils l'admirent en lui conservant les caractères qu'elle avait dans notre ancien droit. C'est ainsi que sous l'empire du Code la compensation est légale, caractère qui lui fut attribué par

les interprètes du droit romain, mais qu'elle n'avait jamais eu dans les lois romaines.

Le principe de la compensation légale est établi par l'article 1290 : « La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs ; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives. » La compensation ainsi établie n'est autre chose qu'un paiement fictif ; aussi c'est parmi les modes d'extinction des obligations qu'on la trouve rangée.

La loi traite de la compensation légale dans la section IV du chapitre V (liv. III, tit. II) ; mais si elle ne parle ici que de la compensation légale, elle n'entend cependant pas priver les parties du droit de recourir à la compensation judiciaire ou à la compensation conventionnelle. La compensation facultative est celle qui a lieu, lorsque la compensation légale ne peut produire ses effets, parce que l'une des conditions prescrites pour la compensation n'existe pas, et que la partie dans l'intérêt de qui le législateur a établi cet obstacle à la compensation y renonce. On distingue encore une troisième espèce de compensation, la compensation judiciaire ; c'est celle qui se produit lorsque la partie défenderesse répond à la demande formée contre elle par une autre demande, dite demande reconventionnelle, qui anéantit ou diminue l'action formée contre elle lorsqu'elle est admise.

Pour suivre un ordre logique dans notre étude sur la compensation, nous traiterons d'abord de la compensation légale et des conditions auxquelles la loi a subordonné son existence. Nous examinerons ensuite la manière dont la compensation s'opère, ses effets, comment on y renonce et enfin dans un dernier chapitre nous traiterons de la compensation facultative et de la compensation conventionnelle.

CHAPITRE PREMIER

De la compensation légale.

La compensation légale ne peut avoir lieu qu'autant que les conditions exigées par le législateur se trouvent réunies. Ces conditions sont au nombre de cinq, savoir :

1° Que les deux dettes soient de choses fongibles entre elles ;

2° Qu'elles soient liquides ;

3° Qu'elles soient exigibles ;

4° Que chaque partie soit personnellement et principalement créancière et débitrice de l'autre ;

5° Que les deux dettes ou l'une d'elles ne soient pas du nombre de celles exceptées par la loi.

Nous allons étudier successivement chacune de ces conditions :

SECTION PREMIERE

CONDITIONS REQUISES POUR LA COMPENSATION LÉGALE

---

§ I^er^. — *Fongibilité des deux dettes.*

La compensation n'est considérée par le législateur que comme un paiement abrégé, un paiement fictif. Ce principe a forcément amené le législateur à exiger pour que la com-

pensation puisse s'opérer que toutes les conditions du paiement soient remplies. Aucune des parties ne peut être contrainte de recevoir en paiement autre chose que ce qui lui est dû (art. 1243) ; de même on ne pourrait compenser ce qui ne pourrait être donné en paiement. De là la nécessité de l'identité des objets prescrite par l'article 1291, ainsi conçu : « La compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui « ont également pour objet une somme d'argent, ou une « certaine quantité de choses fongibles de la même espèce et « qui sont également liquides et exigibles. »

On entend par choses fongibles des choses qui peuvent se remplacer par d'autres choses de même quantité, qualité et valeur. Les choses sont consumptibles par leur nature, mais il n'en est plus de même de la fongibilité ; elle ne repose plus sur la nature de l'objet, mais sur l'intention des parties contractantes. L'argent est une chose essentiellement fongible ; une somme d'argent peut évidemment être remplacée par une autre ; cependant les parties peuvent enlever à une somme d'argent son caractère fongible, en faire un corps certain, et rendre ainsi la compensation impossible. Vous vous êtes engagé à me livrer dix pièces d'or, avec l'effigie de tel souverain et d'un millésime déterminé ; je deviens plus tard votre créancier de pareille somme ; la compensation ne pourra avoir lieu. La dette que vous aviez contractée envers moi était une dette de corps certain ; je ne puis être contraint de recevoir autre chose sans violer la loi du contrat. Réciproquement, les choses qui ne sont pas fongibles en général peuvent le devenir si les parties s'accordent pour leur donner ce caractère.

La loi exige en outre que les deux choses soient des choses fongibles de la même espèce. Ces mots sont superflus car deux choses ne sont en réalité fongibles, et ne peuvent se remplacer l'une par l'autre, qu'autant qu'elles sont de la même espèce.

Il y aura compensation légale lorsque les deux dettes seront des dettes de quantité de même nature, par exemple une dette de blé *in genere*, se compensera avec une autre dette de blé également *in genere*, ou une dette de vin de tel cru et de telle année avec une autre dette de vin du même cru et de la même année ; mais une dette d'huile ne pourra se compenser avec une dette de vin ; car les deux choses ne sont pas susceptibles de se remplacer l'une par l'autre. Il n'y a plus alors identité de choses dues. Ce principe avait été méconnu par un arrêt de la Cour de Lyon ; mais son arrêt fut cassé le 17 août 1829.

Il ne faut cependant pas croire que pour qu'il y ait lieu à compensation, il soit nécessaire que les deux dettes soient des dettes de quantités. Un corps certain *in genere* indéterminé peut se compenser avec un autre corps certain de même nature aussi indéterminé, car dans ce cas aucune des parties n'a intérêt à empêcher la compensation, chacune reçoit ce qui lui est dû. Pothier enseigne encore qu'il y aurait lieu à compensation dans le cas où deux dettes auraient pour objet une part indivise d'un même corps certain, par exemple un fonds de terre. Ce qu'il importe de rechercher, ce n'est point de savoir si les choses dues sont en elles-mêmes des corps certains ou des quantités ; mais si elles sont dues comme corps certains ou comme quantités, l'intention des parties étant la règle de la fongibilité.

Lorsque l'une des parties doit alternativement une chose fongible et une qui ne l'est pas, la compensation devient impossible. En effet, si dans cette hypothèse, les deux dettes étaient éteintes par compensation, le débiteur n'aurait plus le choix qui lui est accordé par la convention ; il pourrait être contraint de donner en paiement celui des objets dus qu'il entendait conserver par devers lui. Il y aurait violation de l'article 1190 et du principe fondamental sur lequel

repose la compensation qui n'a été admise que dans l'intérêt des parties.

La solution est différente en cas de dette facultative. La compensation produira alors son effet, lorsque le débiteur acquerra contre son propre créancier une créance dont l'objet sera fongible avec celui qui était *in obligatione*, l'autre n'étant que *in facultate solutionis*.

L'article 1291 *in fine* déroge au principe de l'identité des objets, établi comme règle générale de la compensation. Cet article est ainsi conçu : « Les prestations en grains ou den-« rées non contestées, et dont le prix est réglé par les mer-« curiales peuvent se compenser avec des sommes liquides « et exigibles. »

Cette dérogation s'explique par le peu d'intérêt qu'aurait le créancier à recevoir de l'argent plutôt que des grains ou autres denrées dont le prix est réglé par les mercuriales ; il lui suffira de se reporter aux mercuriales pour fixer la valeur des denrées qu'il reçoit en paiement. De plus, rien ne lui sera plus facile que de transformer l'argent en denrées d'une nature quelconque ou les denrées en argent. Cependant cette dérogation n'est pas à l'abri de tout reproche ; car si les parties peuvent ne pas avoir intérêt à recevoir ce qui leur est dû, on peut répondre qu'il s'agit non de l'intérêt du créancier, mais de son droit. D'ailleurs il peut avoir intérêt à recevoir exactement ce qui lui est dû, car s'il a stipulé une somme d'argent à un jour donné, il peut être très intéressé à recevoir la somme qu'il a stipulée ; sauf à acheter plus tard les denrées dont il aura besoin. Il se peut en effet que le créancier ait calculé l'exigibilité de sa créance pour une époque déterminée où il prévoyait d'avance avoir besoin d'argent.

L'article 1291 ci-dessus rapporté renferme un vice de rédaction, en déclarant que pour qu'il y ait lieu à compensation, il doit s'agir de prestations non contestées.

Ce texte pris à la lettre semblerait, en effet, indiquer que le débiteur serait toujours libre de rendre la compensation impossible en soulevant une contestation quelconque.

Telle n'a point été la pensée des législateurs qui n'ont certainement point entendu établir que le débiteur pourrait par une contestation sans aucun fondement empêcher la compensation.

Les juges saisis d'un pareil litige n'interviendraient que pour déclarer la compensation. La pensée des législateurs était de rendre la compensation possible toutes les fois que la dette ne serait pas sérieusement contestable.

La loi entend-elle assimiler complètement les denrées à l'argent, à ce point que la compensation s'opérera entre deux dettes de denrées dont le prix est également réglé par les mercuriales ? Nous ne pensons pas qu'il faille étendre ainsi la dérogation admise par le deuxième alinéa de l'art. 1291.

Cette extension nous paraît contraire aux termes de la loi qui n'admet la compensation qu'entre une dette de denrées non contestable et une dette d'argent liquide et exigible et non entre deux dettes de denrées, et à l'intérêt des parties qui peut quelquefois être compromis par cette dérogation aux regles de la compensation, ainsi que le fait justement remarquer M. Laurent.

Les partisans de l'opinion adverse s'appuient sur ce que deux choses compensables avec une troisième sont compensables entre elles : *Quæ sunt eadem uni tertio eadem sunt inter se.* Nous maintenons cependant que l'article 1291 doit être entendu restrictivement. L'argument mathématique que nous venons de citer aurait une valeur incontestable s'il rentrait dans le droit commun ; mais dans l'espèce il ne tend qu'à élargir une exception à une règle générale ; et nous ne devons pas oublier que les exceptions sont *strictissimi juris.* On ne doit pas les étendre au delà des limites fixées par la loi ; or, c'est seulement quand une créance de somme d'ar-

gent se trouve en face d'une créance de denrées, dont le prix est réglé par les mercuriales, que la loi a établi la compensation. Il ne faudrait pas, de ce que l'article dit que les dettes de denrées peuvent se compenser avec des sommes liquides exigibles, en conclure qu'elle est facultative et n'a lieu que si les parties intéressées la demandent. Le Code ne s'occupe que de la compensation légale, d'ailleurs c'est immédiatement après avoir établi le principe de la compensation légale que la loi admet la compensation avec des dettes de denrées. C'est donc de la compensation légale qu'elle a eu l'intention de parler. Les deux dettes s'éteignent alors d'elles mêmes *ipso jure* sans l'intervention des parties.

Le deuxième alinéa de l'article 1891, interprété dans toute sa rigueur, nous conduirait à un résultat absurde; il aboutirait à l'anéantissement de tous les contrats ayant pour objet une dette de denrée. Je vous achète pour 50 fr. de blé; nous nous trouvons réciproquement créancier et débiteur de deux dettes compensables; nos deux dettes sont éteintes. Une telle décision méconnaîtrait l'équité et la base fondamentale de la compensation qui est l'intérêt respectif des parties. On ne peut supposer raisonnablement que deux personnes fassent un marché qu'elles désirent mettre à néant de suite. Nous devons donc ajouter pour compléter le texte qui nous occupe que la compensation sera impossible lorsqu'une des deux dettes servira de cause à l'autre.

La loi, dans l'article 1291, en se servant des termes : prestations en grains et en denrées, a eu plus spécialement en vue les prestations juridiques de denrées, telles que les redevances, les annuités dues par un colon partiaire, mais elle n'a pas entendu limiter la compensation à ces seuls cas. Ainsi j'ai contre vous une créance d'argent s'élevant à 50 fr., vous héritez d'une personne au regard de laquelle je suis débiteur de denrées, la compensation s'opérera.

L'article 129 du Code de procédure civile ainsi conçu :

« Les jugements qui condamneront à une restitution de « fruits ordonneront qu'elle sera faite en nature pour la der- « nière année ; et pour les années précédentes, suivant les « mercuriales du marché le plus voisin, eu égard aux saisons « et aux prix communs de l'année ; sinon à dire d'experts, à « défaut de mercuriales. Si la restitution en nature pour la « dernière année est impossible, elle se fera comme les « années précédentes, » semble déroger aux règles de la compensation ainsi établies. MM. Toullier et Duranton, s'appuyant sur ce texte, s'accordent pour décider que la compensation sera impossible lorsqu'une restitution en nature sera ordonnée pour la dernière année. Toullier va même plus loin et cherche à étendre cette disposition à toutes les prestations périodiques de denrées pour lesquelles plusieurs années sont dues. Cette dernière opinion outrepasse évidemment les termes de la loi qui n'ordonne les restitutions de fruits en nature que pour la dernière année.

Il nous semble que, contrairement à l'opinion de MM. Toullier et Duranton, la compensation devra être admise ; toutes les fois qu'un jugement condamne une partie à une restitution de fruits cotés aux mercuriales et ce pour toutes les années qui pourront être dues.

L'article 129 du Code de procédure ne vise nullement la compensation ; il n'a pour but que de déterminer les bases de la condamnation, et les principes qui devront régler les juges dans la sentence à rendre ; en rédigeant l'article 129 du Code de procédure, le législateur n'a point entendu exclure la compensation dans l'espèce dont nous nous occupons. Il n'y aura lieu à paiement qu'autant que la dette ainsi déterminée ne se trouvera pas éteinte par l'un des modes quelconques d'extinction des obligations, au nombre desquels se trouve rangée la compensation. C'est donc avec raison que Marcadé a déclaré qu'il n'y avait pas contradiction

entre les art. 1291 Code civil, et 129 Code de procédure civile qui si contentent de poser des principes différents.

§ II. — *Liquidité de deux dettes.*

La compensation n'est possible, nous dit encore l'art. 1291, qu'autant que les deux dettes sont liquides. Au rapport de Pothier, une dette est liquide quand la dette est certaine et que le *quantum* de cette dette est déterminé ; c'est aussi la définition donnée par Jaubert dans son rapport au Tribunat. La compensation n'est, comme nous l'avons déjà dit, qu'un mode de paiement abrégé, un paiement fictif ; c'est le motif sur lequel se fonde la loi pour exiger la liquidité. En effet, une dette qui est incertaine n'existe point ; si donc une dette liquide pouvait se compenser avec une dette non liquide, l'opération équivaudrait au paiement d'une dette avec la prétention d'une autre dette. Mais lorsque le chiffre de la dette est indéterminé, la dette n'en existe pas moins, cependant la compensation est impossible même dans ce cas. En effet, la compensation n'éteignant les deux dettes que jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives, il faut donc de toute nécessité que la quotité en soit connue ; sans cela on ne peut décider si les dettes sont entièrement éteintes ou pour quel chiffre. Cette condition était déjà nécessaire dans l'ancien droit pour qu'il y eut lieu à compensation. Cette exigence de la loi a été critiquée par un grand nombre d'auteurs qui blâment nos législateurs d'avoir assimilé aussi complètement la compensation au paiement. Cette condition semble être une inconséquence avec le système de la compensation légale admis par le Code. Dans ce système en effet la compensation s'opère à l'insu même des parties, à l'instant où les deux dettes coexistent ; cependant la loi leur

impose l'obligation d'établir la réalité et le montant de leurs créances. La liquidité devrait, dit-on, n'être qu'un incident de procédure et non une règle fondamentale de la compensation. Elle est, au contraire, parfaitement en harmonie avec la compensation judiciaire ; car il y a alors lieu de craindre qu'un débiteur poursuivi par son créancier ne cherche ainsi à échapper à une condamnation certaine ou du moins à gagner un temps considérable, en opposant la compensation d'une dette non liquide, et dont l'appréciation nécessitera des mesures d'instructions longues et difficiles. Cependant on pourrait peut-être justifier la décision de la loi.

S'il était permis d'opposer en compensation une dette non liquide et sujette à contestation, le créancier pourrait ainsi voir sa créance dégénérer en une créance à terme, par suite des retards que son débiteur apporterait au paiement, en prétendant qu'il n'est peut-être pas son créancier. On peut encore dire que la compensation étant assimilée au paiement, les législateurs n'ont pas voulu qu'elle eût lieu quand le paiement ne saurait être exigé. Or le paiement d'une dette non liquide est impossible.

Lors de la discussion au conseil d'État, M. Malleville proposa d'étendre la compensation aux dettes facilement liquidables. C'eût été un retour vers la compensation judiciaire, aussi MM. Bigot de Préameneu, Treilhard et Tronchet s'élevèrent avec force contre cette opinion, qu'ils combattirent en insistant sur la séparation qui devait forcément exister entre la compensation légale et la compensation judiciaire, et soutinrent qu'il n'y aurait plus de compensation légale si le juge pouvait accorder un délai au débiteur pour liquider sa dette.

Cependant, il ne suffit pas pour qu'une dette soit considérée comme n'étant point liquide que le débiteur la conteste. Pothier enseigne qu'une dette n'est point liquide, lorsqu'elle est contestée, à moins que le créancier n'ait la

preuve et ne soit en état de la justifier promptement. Cela suppose une contestation sérieuse. Un ancien auteur enseignait que pour qu'une dette cessât d'être liquide, il fallait qu'elle pût être contestée légitimement, et c'est dans ce sens que s'est exprimé Jaubert dans son rapport au Tribunat. S'il dépendait du créancier d'empêcher la compensation, en contestant sans raison sérieuse la dette qu'on lui oppose, elle serait soumise au caprice des parties et ne serait plus légale.

Il est donc admis que pour que la compensation s'opère, il faut que les deux dettes soient liquides; elle sera impossible toutes les fois que l'une des deux dettes ne le sera pas. Les juges auront à apprécier la liquidité ou la non liquidité de la dette et à fixer les limites entre la compensation légale et la compensation judiciaire; et souvent ils seront tentés, en faisant cette appréciation, de détourner le sens de la loi dans l'intérêt de l'équité.

Pour qu'une dette soit liquide, il faut d'abord qu'elle soit certaine. La dette dont la légalité est contestée n'est pas liquide; un procès doit d'abord s'engager sur la validité de la créance. (Rejet, 1er juillet 1851.)

Une personne poursuivie en paiement d'une dette qu'elle reconnaît oppose en compensation une somme qu'elle prétend lui être due à titre de dommages-intérêts; la compensation sera impossible, car dans ce cas une expertise sera nécessaire pour rechercher et déterminer les sommes que l'une des parties doit à l'autre. (Agen, 24 juillet 1865; rejet, 21 février 1870.)

Lorsqu'une personne est poursuivie en paiement d'un prix de vente, il n'y a pas lieu à compensation, quoique la vente soit certaine, si le vendeur déclare qu'il va agir par voie de rescision pour cause de lésion; la créance devient en effet litigieuse dans ce cas et nécessite un débat judiciaire.

Un fermier poursuivi par son bailleur en paiement d'un prix de fermage en vertu d'un bail authentique, répond à la

demande dirigée contre lui par une compensation reposant sur de prétendues améliorations; l'existence et la quotité de cette dette étant subordonnées à une expertise, elle n'était donc pas liquide. C'est la solution admise par la Cour de Rennes, dans un arrêt du 3 janvier 1826. La Cour de Bourges fut saisie d'un cas à peu près semblable; il s'agissait d'un fermier qui, poursuivi par son propriétaire, en vertu d'un bail, opposait en compensation une créance d'indemnité prenant naissance dans le défaut de réparations. Le doute était possible; car si le bail oblige le preneur à payer le prix de fermage, il oblige également le propriétaire à entretenir la chose en bon état de réparations locatives, néanmoins on déclara la compensation impossible. Dans une autre espèce à peu près identique la Cour de Rouen, prenant l'équité pour base, a admis la compensation; et le pourvoi en cassation formé contre cette décision fut rejeté.

Il faut, en second lieu, que le montant de la dette opposée en compensation soit certain. La dette doit-elle nécessairement être fixée en argent? La loi entendait ainsi la liquidité puisqu'elle n'a admis qu'à titre d'exception la compensation entre deux dettes dont l'une consiste en une somme d'argent déterminée et l'autre en denrées dont le prix est réglé par les mercuriales.

Il nous semble cependant que ce principe ne doit pas être poussé trop loin; car l'exception déroge surtout à la règle qui exige l'identité de dettes. Deux quantités de même nature peuvent être liquides sans que le prix en soit réglé par des mercuriales. La compensation devant avoir lieu entre dettes de quantités de même nature; il suffit de les comparer entre elles pour voir s'il y a lieu à compensation, sans qu'il soit besoin de les compenser avec de l'argent. Comme nous l'avons déjà fait remarquer, on essaya, lors de la discussion de la compensation, de la faire admettre toutes les fois que la liquidation de la créance serait facile, mais cette théorie

fut repoussée par le Tribunat. On ne peut donc légalement soutenir qu'une dette d'une liquidation facile puisse se compenser avec une autre dette déjà liquide. Néanmoins l'usage que l'orateur du gouvernement a si ouvertement blâmé s'est perpétué, et il a passé en jurisprudence. Les tribunaux et les cours cherchent manifestement à se rapprocher par leurs décisions de l'équité qui doit servir de règle aux législateurs ; mais ils s'écartent visiblement du texte de la loi. C'est ainsi par exemple qu'il a été jugé que la créance d'un médecin pour ses visites peut entrer en compensation alors qu'elle n'est pas contestée et que le chiffre en peut être facilement déterminé par un jury médical. Nous devons observer que la créance d'un médecin pouvant être réduite, le chiffre n'en était point déterminé, et la loi n'autorisait nullement les juges à admettre la compensation légale, l'application rigoureuse des principes eut dû leur faire rejeter cette décision.

Les honoraires des notaires ne sont pas liquides tant qu'ils ne sont pas taxés, aussi la Cour de cassation a rejeté la compensation invoquée dans une espèce où le notaire créancier de frais non taxés avait encaissé une somme pour le compte de son client et était ainsi devenu son créancier. Cet arrêt qui peut sembler se trouver en contradiction avec l'équité n'était que l'application exacte de la loi et la consécration des principes établis par le législateur. Mais la Cour dans un autre arrêt, prenant en considération les circonstances du fait, a admis la compensation dans une espèce identique par un arrêt de rejet, intervenu contre un pourvoi formé à la suite d'une décision admettant la compensation. En décidant qu'elle avait égard aux circonstances, la Cour a fait usage de ce pouvoir arbitraire que repoussait l'orateur du gouvernement dans son exposé des motifs. Les frais de justice ne sont liquides et ne peuvent entrer en compensation que lorsqu'ils sont liquidés par jugement ou taxés. Nous pouvons, en thèse générale, décider qu'il y a liquidité toutes les fois que la dette repose

sur des bases certaines et qu'il suffit d'un simple calcul pour en déterminer la quotité. Mais aller au delà et décider, comme l'a fait la cour de Toulouse, que la compensation doit être admise quand la liquidité peut être établie sans un retard préjudiciable, est une violation flagrante de la loi. La Cour de cassation a également dépassé les limites fixées par la loi, lorsqu'elle a admis que les parties entreraient en compte pour reconnaître les sommes qui se sont réellement compensées.

Nous devons d'ailleurs faire observer que la jurisprudence et la doctrine sont d'accord entre elles pour établir de nombreuses dérogations à la règle qui exige la liquidité pour qu'il y ait lieu à compensation. L'usage déjà adopté par notre ancien droit, qui déclarait la compensation applicable aux comptes courants dont le débet et le crédit subissent des variations perpétuelles et ne se fixent qu'aux termes des opérations respectives, a été confirmé par une jurisprudence constante. Et en effet l'application rigoureuse des principes conduirait à des conséquences regrettables, en matière de faillite notamment. L'équité, base fondamentale de la compensation, a naturellement amené la jurisprudence à rétablir malgré les termes formels de la loi la règle de notre ancien droit que nous venons de rapporter.

La jurisprudence tend également après des tergiversations à s'écarter du système de la compensation légale dans les relations du bailleur au preneur. Un arrêté de la Cour de Dijon a admis la compensation entre la dette du preneur consistant en un prix de fermage et la créance que lui-même faisait valoir contre son propriétaire pour dégradations à la charge du bailleur. La Cour de cassation a confirmé cette décision et a déclaré que l'on pouvait, sans violer la règle qui n'admet la compensation qu'entre dettes liquides, suspendre le paiement des loyers jusqu'au règlement des indem-

nités que le bailleur peut devoir pour indemnité de jouissance.

C'est toujours l'équité qui sert de base à ces diverses décisions de la jurisprudence. Sans doute par le fait même du bail, des obligations réciproques prennent naissance entre le propriétaire et le bailleur ; obligations qui tantôt sont successives, tantôt corrélatives. Les juges ne peuvent se résoudre à contraindre le fermier à payer son prix de fermage, lorsque lui-même a une créance d'indemnité certaine contre son propriétaire à raison du défaut de jouissance ; il est à craindre, en effet, que le fermier après avoir payé tout ce qu'il doit, ne puisse rentrer dans sa créance et recouvrer ce qui lui est dû. Ce raisonnement ne manque pas de logique ; mais les difficultés qu'éprouve la jurisprudence pour n'être pas inique et injuste ne servent qu'à nous mieux démontrer l'inconséquence et les vices de la loi.

§ III. — *Exigibilité.*

La compensation étant assimilée au paiement, les législateurs devaient encore exiger pour que la compensation pût se produire, que les deux dettes fussent également exigibles ; c'est d'ailleurs ce qu'ils ont fait. La compensation, dit l'article 1291, n'a lieu qu'entre dettes exigibles. Une dette est exigible lorsque le créancier peut immédiatement exiger le paiement sans qu'on puisse lui opposer une exception. Forcer le créancier à compenser sa créance avec une dette qui n'est pas exigible serait violer son droit. Car ce serait le forcer indirectement à payer immédiatement ce que l'on ne peut exiger que dans un délai déterminé. Cette exception comprend également les dettes à terme, car d'une façon absolue, « Qui doit à terme, ne doit rien ; » cela signifie seulement

que l'on ne peut être contraint de payer avant l'arrivée du terme. Mais il n'en est plus de même du terme de grâce ; le terme de grâce n'est point un obstacle à la compensation (art. 1291). Le terme de grâce n'est, en effet, qu'un délai facultatif que les juges, souverains appréciateurs des circonstances de fait, peuvent accorder au débiteur malheureux, qui ne peut à un moment donné faire face à ses engagements ; mais ce délai, qui n'est accordé au débiteur qu'en considération de l'impossibilité où il est de se libérer, et pour lui permettre de se procurer les fonds nécessaires, n'a plus sa raison d'être lorsqu'il trouve un moyen aussi facile de se libérer.

L'article 1188 déclare que le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme, lorsqu'il a fait faillite. Toutes les créances devenant exigibles, la compensation devrait pouvoir s'opérer, mais dans cette hypothèse la cause qui rend la dette exigible, loin de favoriser la compensation, y met obstacle. La déclaration de faillite qui rend toutes les créances exigibles interdit en même temps au débiteur tout paiement, en sorte que la dette non échue devient exigible au moment même où elle ne peut plus être soldée. La loi a voulu protéger les créanciers et assurer leur égalité, en empêchant le paiement de l'un d'eux au détriment des autres. Le paiement ne peut plus avoir lieu ni directement, ni indirectement par voie de compensation. L'article 446, Code de com., qui proclame le principe, est général et ne fait aucune distinction ; nous en concluons donc qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre les dettes commerciales et les dettes civiles. La jurisprudence s'est d'ailleurs prononcée unanimement dans ce sens. Une difficulté peut s'élever lorsque la faillite s'est terminée par un concordat, c'est-à-dire moyennant l'engagement pris par le failli de payer une partie de la dette ; la compensation pourrait-elle alors être opposée pour le surplus de la dette. La négative est certaine, car cette dette n'est plus exigible ; le

créancier ne peut en exiger le paiement, il ne peut donc le contraindre à le compenser. La déchéance du terme peut encore résulter de la déconfiture et du fait par le débiteur d'avoir diminué les sûretés qu'il avait données à ses créanciers mais dans ces divers cas, un jugement devient nécessaire pour que la compensation puisse s'opérer ; la déconfiture n'est point en effet un état apparent se montrant de lui-même ; et la diminution des sûretés peut donner lieu à une instruction.

Que décider lorsque l'une des deux dettes se trouve au nombre des obligations rangées par la loi sous le titre d'obligations naturelles, obligations pour lesquelles la loi n'a accordé aucune sanction et dont on ne peut poursuivre le paiement ? Ces obligations n'ont pas à proprement parler d'existence en droit civil. Mais elles produisent cependant un effet ; quand elles ont été acquittées volontairement, le débiteur ne peut pas plus les répéter que s'il s'agissait d'une obligation reconnue par le droit civil. La dette de jeu n'est pas une obligation naturelle, et si la loi déclare dans l'article 1267 qu'une dette de jeu volontairement acquittée n'est pas sujette à répétition, ce n'est pas par suite du principe émis dans l'article 1235 concernant les obligations naturelles ; mais bien, comme l'a dit M. Valette, parce que le Code a voulu faire une transaction avec les mœurs et tolérer ce qu'il ne pouvait empêcher. L'acquittement de la dette fait présumer qu'elle n'était pas considérable. Le Code nous fournit d'ailleurs une raison péremptoire pour décider que cette dette n'est pas une obligation ; car, elle ne peut aux termes de l'article 1965 être cautionnée tandis que l'article 2012 permet le cautionnement des dettes naturelles. Cela étant établi, admettrons-nous la possibilité de compenser une dette naturelle. La compensation étant assimilée au paiement, nul ne pourra être forcé de compenser s'il ne pourrait l'être de payer ; or, comme il résulte de l'article 1235

précité que l'on ne peut être contraint au paiement d'une obligation naturelle, une semblable obligation ne pourra entrer en compensation. Il en sera de même *a fortiori* des dettes de jeu, en vertu de l'article 1965 du Code civil.

L'obligation suspensive ne pourra être opposée en compensation ; car elle n'existe point en réalité, le paiement n'en peut être exigé jusqu'à la réalisation de la condition, époque à laquelle son existence devient certaine. Mais la compensation peut s'opérer entre la dette pure et simple, et la dette soumise à une condition résolutoire ; car, dès la perfection du contrat l'existence de la dette est certaine et le *quantum* en est déterminé. Seulement si plus tard la condition à laquelle cette dette était subordonnée vient à défaillir, les choses sont remises dans le même état que si la dette n'avait jamais existé et le créancier recouvre son action. La prescription apporte un obstacle invincible à la compensation, car elle fournit au débiteur une exception péremptoire qu'il lui suffit d'invoquer pour écarter le créancier, mais dès que les deux dettes coexistent un seul instant avant l'expiration du délai fixé pour la prescription, la compensation s'opère dès cet instant et les deux dettes sont éteintes *ipso jure* par l'effet seul de la loi, sans l'intervention des parties.

Lorsque l'une des créances est annulable ou sujette à rescision, la compensation s'opérera-t-elle ? En théorie on peut répondre oui, car la dette annulable existe jusqu'à ce qu'elle ait été annulée, et l'annulation ne résulte que d'un jugement. Lorsque le créancier poursuivra le paiement d'une dette liquide et exigible, et que le débiteur lui opposera en compensation une dette annulable ou rescindable, si le créancier poursuivant ne répond point par une demande en nullité ou rescision, à l'exception qu'on lui oppose, alors, la dette, quoique viciée dans son origine, produira tout son effet et la compensation s'opérera. Si, au contraire, il poursuit et obtient la nullité, alors la compensation sera considérée

comme n'ayant jamais eu lieu. Le même effet se produira dans les obligations soumises à l'action résolutoire. Les créances exigibles entrant seules en compensation, il en résulte que les créances éventuelles ne peuvent entrer en compensation, par exemple, celles qui résultent d'un jugement ; la créance en reprise que possède la femme jusqu'à ce qu'elle ait fait prononcer la séparation de corps et de biens ; la créance dont l'exigibilité est subordonnée à la survie du créancier. S'il s'agit d'une rente perpétuelle, le capital n'étant jamais exigible, le crédit rentier poursuivi par le débiteur de la rente ne pourra opposer en compensation le capital de la rente. Ainsi l'a décidé la cour de Caen dans le seul arrêt qui existe sur la matière ; mais les arrérages de la rente peuvent entrer en compensation comme les autres dettes.

Si le débiteur de la rente offrait de la faire entrer en compensation, ce ne serait plus qu'une compensation facultative ; mais, dans ce cas, si la somme pour laquelle il réclame le bénéfice de la compensation est inférieure au montant du capital et des arrérages, il doit offrir le paiement du surplus, le créancier ne pouvant être contraint de recevoir un paiement partiel.

Quant aux rentes viagères, la loi les ayant déclarées non rachetables, le débiteur ne peut les faire entrer en compensation et le créancier n'a pas ce pouvoir.

§ IV. — *Chaque partie doit être personnellement et principalement créancière et débitrice de l'autre.*

Pour qu'il y ait lieu à compensation, nous dit l'article 1289, il faut que deux personnes se trouvent être débitrices l'une envers l'autre. La formule dont se sert cet article est trop

vague et formule mal un des principes fondamentaux de la matière. Il est absolument nécessaire pour qu'il y ait lieu à compensation que deux personnes soient débitrices l'une envers l'autre ; mais cela ne suffit point, et en effet la caution est débitrice du créancier ; cependant l'article 1294 nous enseigne que lorsque la caution vient à acquérir une créance contre le créancier principal, la compensation ne s'opère pas. Il ne suffit point non plus que les créances et les dettes soient personnelles ; ceci ressort de l'exemple que nous venons de citer. Nous ne croyons pouvoir donner une meilleure définition du principe formulé dans l'article 1289 que celle qui nous est fournie par les éditeurs de Zachariæ : « Le créancier de l'une des obligations doit être débiteur « personnel et principal de l'autre obligation et réciproque- « ment le créancier de celle-ci doit être débiteur personnel « et principal de celle-là. » Déjà cette condition était exigée en droit romain. Ainsi un pupille est créancier de Quintus, et Quintus est créancier du tuteur de ce pupille, la compensation ne s'opérera pas car chaque créance n'est pas personnellement et principalement créancière et débitrice de l'autre. Il en est de même en droit français. Un administrateur des biens d'autrui revêt une double qualité ; aussi il ne pourra opposer en compensation de ce qu'il doit personnellement les créances qu'il acquerra contre son propre créancier en sa qualité d'administrateur. Ce principe, que nous venons d'établir, a donné lieu à des difficultés multiples et il entraîne avec lui de nombreuses applications dont quelques-unes seulement sont énumérées par la loi. Nous commencerons par examiner les applications qui sont faites par le Code, et ensuite, en nous reportant à ces exemples, nous examinerons les hypothèses dans lesquelles ces principes trouvent leur application la plus fréquente.

La caution peut, nous dit l'article 1294, opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal.

Cette solution ne pouvait être douteuse. La caution n'est qu'un débiteur accessoire ; le cautionnement ne peut exister qu'autant qu'il y a une dette principale ; or, dès l'instant où le débiteur principal est devenu créancier de son propre créancier, la compensation est opérée. La dette principale étant éteinte, la dette accessoire se trouve par ce fait éteinte et la caution libérée. La caution peut toujours invoquer l'extinction de la dette principale pour établir sa propre libération ; on ne pouvait donc lui refuser le droit d'invoquer la compensation.

L'article 1294 ajoute : « Le débiteur principal ne peut « opposer la compensation de ce que le créancier doit à la « caution. » La loi a voulu, en édictant cette prohibition, éviter le doute qui aurait pu se produire, car la caution est réellement débitrice du créancier. Mais nous ne devons pas oublier cet autre principe que la dette de la caution n'est qu'accessoire, elle ne doit payer qu'autant que le débiteur principal ne remplit pas ses engagements. Ce n'est pas dans la fortune de la caution que le créancier doit d'abord chercher son paiement, car elle ne paiera qu'à défaut du débiteur principal et après que le créancier aura préalablement établi son insolvabilité en discutant ses biens.

En déclarant la compensation éteinte de plein droit dans l'hypothèse qui nous occupe, on eût porté atteinte aux droits de la caution, on l'eût obligée à payer avant de savoir si le débiteur pourra faire honneur à ses engagements. C'eût été priver la caution du bénéfice de discussion. Mais il ne faut pas entendre l'article 1294-2 d'une façon trop restrictive et dire que jamais le débiteur principal ne pourra opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution. Ainsi lorsque le créancier s'est adressé en premier lieu à la caution, celle-ci peut évidemment opposer la compensation sans demander la discussion du débiteur principal, mais ce n'est plus alors la compensation légale qui s'opère c'est une

compensation facultative, la caution étant libre de renoncer au bénéfice que la loi a établi en sa faveur, le débiteur principal pourra évidemment s'en prévaloir car sa dette s'est par ce fait éteinte vis-à-vis du créancier principal. La caution, qui oppose la compensation paye, or, le paiement fait par la compensation libère le débiteur, il ne peut donc y avoir aucun doute. De même, lorsque le débiteur principal sera complètement incapable de payer et qu'après l'avoir poursuivi, le créancier se retournera contre la caution, celle-ci pourra se prévaloir de la compensation pour obtenir sa compensation. Le débiteur n'ayant pu payer la dette, la caution est devenue débitrice personnelle dans le sens de l'article 1289.

Reste encore une autre question à examiner sur la compensation relative aux cautions. Le paragraphe 2 de l'article 1294 s'applique-t-il à toutes les cautions, et notamment à la caution solidaire ? La caution solidaire peut-elle opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal conformément aux principes posés ci-dessus ? Devons-nous au contraire lui appliquer à raison de son engagement solidaire le principe posé par l'article 1294 *in fine* qui décide que le débiteur solidaire ne peut pareillement opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur ? La caution solidaire réunit en elle deux qualités : comme caution elle n'est tenue qu'accessoirement ; comme débitrice solidaire elle est privée du bénéfice de discussion accordé aux autres cautions par l'article 2021 et même on peut, d'après les termes de l'article 2026, décider qu'elle a perdu également le bénéfice de division, car elle a manifestement promis de payer tout et a ainsi renoncé au bénéfice de division. Laquelle de ces deux qualités doit l'emporter ? Au regard du créancier la caution s'est, au moins d'après l'opinion de certains auteurs, placée dans la position d'un codébiteur solidaire et en conséquence il déclare qu'il lui est

impossible, d'après l'article 1294 *in fine*, de se prévaloir de la compensation. Dans ses rapports avec le créancier elle ressemble à un débiteur solidaire ; seulement le débiteur solidaire qui paie ne peut, par un recours contre ses codébiteurs, exercer la répétition de ce qu'il a payé, qu'à la condition de prouver que la dette avait été contractée dans leur intérêt ; la caution acquiert l'avantage d'être dispensée de faire cette preuve.

Nous préférons l'opinion contraire enseignée par MM. Valette et Laurent. La caution solidaire conserve bien sa qualité de caution vis-à-vis du débiteur principal ; elle reste débitrice accessoire et pourra répéter contre celui-ci ce qu'elle aura payé.

Sa qualité prédominante est celle de caution ; elle doit donc avoir le droit d'invoquer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal. La compensation qui s'est opérée par le seul effet de la loi a éteint la dette, il ne peut y avoir de cautionnement sans dette. Les textes confirment cette opinion, l'article 1216 décide que la caution solidaire conserve son caractère de caution vis-à-vis du débiteur principal ; donc elle doit profiter de la disposition établie par le paragraphe 1 de l'article 1294. L'article 2021, qui la déclare déchue des bénéfices de discussion, règle les rapports de la caution avec le créancier et ne peut être interprété contre notre opinion. Elle doit, au titre de caution, être libérée quand la dette est éteinte. D'ailleurs, comme le dit très justement M. Valette, en s'obligeant solidairement, la caution a renoncé au bénéfice de discussion et de division, mais il ne s'ensuit pas qu'elle ait entendu pour cela renoncer au bénéfice que l'article 1294 lui accorde. Un cautionnement même solidaire doit toujours avoir le caractère d'un cautionnement ; ce serait méconnaître l'intention des parties que de décider qu'il n'y a aucune différence entre le débiteur solidaire et la caution solidaire.

Nous arrivons donc à conclure que la caution solidaire jouit de tous les avantages accordés aux autres, à l'exception de ceux qui lui sont retirés par un texte, et par suite à décider qu'elle jouit du bénéfice de l'article 1294, 1^er^ alinéa. C'est en ce sens que s'est prononcée la jurisprudence.

L'article 1294 *in fine* nous dit : « Le débiteur solidaire ne « peut pareillement opposer la compensation de ce que le « créancier doit à son codébiteur. » Il semble au premier abord que cette décision soit en désaccord avec les principes précédemment posés sur la compensation, car l'un des codébiteurs solidaires étant débiteur principal, comme chacun des autres codébiteurs, et de plus étant devenu créancier du créancier, la dette devrait être éteinte par compensation. Néanmoins la loi en a décidé autrement ; cette disposition a été introduite par le Tribunat qui la fonde sur les motifs suivants : Si la compensation pouvait être opposée par le codébiteur solidaire, « il faudrait, disaient les tribuns, examiner les relations qui existeraient entre ces codébiteurs, en tenir compte, ce qui forcerait chacun de ces débiteurs à s'immiscer dans les affaires des autres. » Ce motif ne nous semble pas fondé ; car la caution pouvant opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal, elle se trouve forcée de s'immiscer dans les affaires du débiteur principal. Le motif donné par M. Valette nous semble plus exact lorsque plusieurs individus s'obligent solidairement ; le créancier a voulu faire de chacun d'eux son propre débiteur et ils ont accepté. Vis-à-vis du créancier, chacun se trouve exposé à faire l'avance ; celui-ci déterminera par son choix celui des débiteurs qui devra supporter l'avance. Si la compensation pouvait être opposée par le débiteur solidaire il rejetterait ce fardeau sur un autre que celui choisi par le créancier. La compensation n'aura pas lieu, mais entre eux les débiteurs règleront leurs comptes comme de droit.

Une difficulté s'est élevée à l'égard de cette disposition de

la loi. Si le codébiteur solidaire ne peut opposer la compensation du chef de son codébiteur pour le tout, on doit du moins lui permettre, dit-on, de l'opposer pour la part que ce codébiteur doit supporter dans la dette.

Lorsque l'un des codébiteurs a payé la dette, il peut exercer son recours contre son codébiteur, soit pour une part virile, soit pour une part proportionnelle à l'intérêt que chacun avait dans la dette (1213-1216).

On argumente sur cette disposition relative à la solidarité, pour soutenir que le codébiteur jouait vis-à-vis de son codébiteur le rôle de caution relativement à la part que celui-ci devait supporter dans la dette, et on lui a permis d'opposer la compensation conformément au paragraphe 1 de notre article. Ce système est facile à réfuter par ses conséquences. S'il en était ainsi, si le créancier s'adressait par hasard à un codébiteur qui n'aurait aucun intérêt dans la dette entière, celui-ci pourrait opposer la compensation pour le tout. Cette conséquence, contraire à l'article 1294, suffit pour démontrer la fausseté du système que nous combattons. Si le codébiteur pouvait opposer la compensation opérée du chef de l'autre codébiteur, il arriverait à créer à son profit un privilège, à l'encontre des autres créanciers de ce codébiteur. D'ailleurs la théorie que nous combattons est contraire aux termes mêmes du Code qui ne fait aucune distinction.

Quid s'il s'agit d'une solidarité active? Deux débiteurs, Primus et Secundus, sont créanciers solidaires de Quintus. Quintus poursuivi par Secundus pourra-t-il opposer la compensation qui s'est opérée entre lui et Primus? Nous pensons que dans ce cas la compensation s'opérera. En effet, Quintus a contracté l'engagement de verser la somme faisant l'objet de la créance, soit entre les mains de Primus, soit entre les mains de Secundus ; mais entendant se libérer par le paiement entre les mains d'un seul. La dette se trouve éteinte par la compensation qui ressemble au paiement,

l'autre créancier ne peut se plaindre. Nous répondrons, à ceux qui nous objecteraient l'article 1294 *in fine*, que cette disposition est exceptionnelle et que par suite l'exception doit être restreinte dans les termes de la loi. Nous rentrons alors dans les termes de l'article 1290 et la dette se trouve éteinte par compensation.

Du principe que chaque partie doit être personnellement et principalement créancière et débitrice de l'autre, faut-il conclure que la compensation n'a pas lieu entre les créances du mari contre un tiers et les dettes dont la femme est tenue envers ce tiers et réciproquement.

Pour résoudre cette question, il faut évidemment distinguer suivant les régimes matrimoniaux adoptés par les époux.

Si nous supposons d'abord les époux mariés sous le régime de la séparation de biens. Sous ce régime la femme a seule qualité pour administrer ses biens ; c'est à elle seule qu'est confié le soin de la gestion. Si le mari administre les biens de la femme, il ne le peut qu'en vertu d'un mandat tacite ou exprès. Les créances qu'il acquiert en cette qualité, ne reposent pas sur sa tête, c'est la femme qui est créancière. Il ne peut donc évidemment s'opérer une compensation entre les créances qu'il acquiert en vertu de ce mandat, et les dettes personnelles qu'il peut contracter envers la même personne. La même solution doit être appliquée sous le régime dotal en ce qui concerne les biens paraphernaux ; car, relativement à ces biens, la loi considère les époux comme mariés sous le régime de la séparation de biens.

Sous le régime de la communauté toute créance tombe en communauté. Le mari a été établi par la loi, seigneur et maître des biens formant le patrimoine commun. Il peut en jouir et disposer en toute liberté, il a même le pouvoir de les donner dans certaines limites ; il est donc évident que le mari pourrait établir une compensation entre les créances

acquises par sa femme et tombées en communauté et les dettes qu'il pourra contracter envers la même personne. Mais nous ne devons pas appliquer cette solution, lorsque nous nous trouvons en présence soit de dettes contractées par la femme avant son mariage et n'ayant pas date certaine, soit de dettes contractées par la femme avant le mariage sans autorisation de son mari. On doit également admettre une autre exception relative aux créances qui peuvent rester propres à la femme sous le régime de communauté.

Que décider sous le régime dotal, quand la créance de la femme fait partie de la dot? La compensation est-elle possible entre la créance de la femme et la dette du mari envers la même personne ? Sous l'empire de l'ancien droit le mari étant reconnu propriétaire incontestable de la dot mobilière, il ne pouvait y avoir de difficulté, la compensation devait évidemment avoir lieu. De nos jours encore on a soutenu que la dot mobilière appartenait en toute propriété au mari, en se fondant sur l'article 1259 du Code civil. Les partisans de ce système admettent forcément la compensation, car la créance devenant la propriété exclusive du mari, les deux personnes se trouvent être personnellement et principalement créancière et débitrice du mari.

Sans entrer dans la discussion de cette question qui nous entraînerait trop loin, nous déciderons qu'on doit la repousser. La preuve de la fausseté de ce système résulte de l'article 1567, qui nous enseigne que lorsque la dot a péri, le mari n'est tenu que de restituer les titres de créances. Cela signifie clairement que le mari n'est pas propriétaire de la dot, car autrement il serait responsable vis à vis de sa femme. Nous pouvons encore répondre à ceux qui admettent ce système et qui s'appuient sur le droit d'usufruit accordé par la loi au mari sur les biens dotaux pour le soutenir propriétaire, qu'ils établissent une confusion entre le droit et le produit de la créance. Aussi M. Laurent s'élève avec force

contre les partisans du système qui admet la compensation légale dans l'hypothèse qui nous occupe. Cependant nous devons reconnaître que cette théorie est rejetée par la majorité des auteurs et une jurisprudence unanime, qui admet sans distinction la compensation entre la créance dotale et la dette du mari.

Aussi la cour de Caen, dans le dernier arrêt rendu sur la matière, s'exprime en ces termes : « En vain, soutiendrait-« on, a dit la cour de Caen dans cet arrêt, qu'il n'y a pas là « deux personnes débitrices l'une envers l'autre, parce que « le mari étant le seul qui ait le droit de poursuivre le recou-« vrement des deniers dotaux, le débiteur des deniers de la « femme est réellement son débiteur et non celui de la « femme à qui la loi ne donne aucune action. Ce n'est pas « d'ailleurs comme mandataire de la femme que le mari a le « droit de recevoir les deniers dotaux, mais en vertu d'un « titre qui lui est propre, dont il est investi directement par « la loi, et qui le constitue créancier personnel de ceux qui « en sont débiteurs. »

Un grand nombre d'auteurs qui admettent la compensation entre la créance mobilière de la femme et la dette du mari s'appuient sur le raisonnement suivant : le mari, disent-ils, est administrateur de la dot *cum libera potestate*.

Il peut, immédiatement après avoir touché les deniers produits par la créance et dont il a acquis la propriété par le fait du jugement, il peut, dis-je, les remettre à son créancier et se libérer ainsi avec les deniers provenant de la dot. Il est donc plus simple de lui permettre d'opposer la compensation ; on évite ainsi une perte de temps, des frais et peut-être de nombreux procès. Mais comme on ne peut, malgré l'étendue des pouvoirs du mari, et bien qu'il ait l'exercice plein et entier de toutes les actions qui lui appartiennent, le considérer comme propriétaire de la dot, il n'y aura qu'une compensation facultative, dont le débiteur ne pourra se prévaloir lui-

même et qui ne pourra être opposée que par le mari. C'est la théorie admise par M. Desjardins dans son ouvrage sur la compensation. M. Lair admet, au contraire, une compensation légale, tout en constatant que ce résultat bizarre, mais logique, dit-il, conduit à une véritable iniquité. La compensation s'opérant, en effet, par le seul fait de la loi, le mari contre lequel la femme aura un recours peut être insolvable, et la femme se trouvera alors privée de sa dot, sans avoir pu se mettre en garde contre l'insolvabilité du mari, aucune poursuite n'étant venue lui révéler le mauvais état de ses affaires. Quant aux revenus dotaux, ils deviennent la propriété du mari, la compensation s'opérera nécessairement.

Cette quatrième condition a fait naître une difficulté relative au cas d'une succession qui n'est acceptée que sous bénéfice d'inventaire. L'acceptation sous bénéfice d'inventaire étant un obstacle à la confusion des patrimoines, le tiers qui a une dette envers la succession et qui se trouve être créancier de l'héritier ne peut invoquer la compensation pour se prétendre libéré, car chaque partie n'est point personnellement et principalement créancière et débitrice de l'autre. Il y a dans ce cas, deux créanciers et deux débiteurs distincts, la succession et l'héritier. Mais si l'héritier vient à renoncer au bénéfice d'inventaire, ou en est déchu, la compensation s'opérera, si les autres conditions sont requises. Cette distinction des patrimoines ayant été introduite en faveur de l'héritier, il peut y renoncer pour se prévaloir de la compensation; mais le débiteur personnel de l'héritier ne pourra pas réciproquement invoquer la compensation pour se prétendre forcément libéré.

Quid lorsque l'héritier bénéficiaire se trouve lui-même créancier et débiteur de la succession et que la compensation n'a pas eu lieu avant l'ouverture de la succession ? Il en est en matière de succession bénéficiaire comme en matière de faillite ; aucun des créanciers ne peut être payé au détriment

des autres. Les créanciers privilégiés et hypothécaires seront payés les premiers. Ensuite, s'il n'y a pas de créanciers opposants, chaque créancier devant être payé à mesure qu'il se présente, la compensation s'opérera. Mais s'il y a des créanciers opposants, il devra payer sauf à revenir au marc le franc toucher le dividende qui lui écherra. La cour de Paris a fait une application assez singulière de ce principe dans un arrêt du 16 mars 1850, où elle décide que les héritiers, tenus au rapport des dons à eux faits, ne peuvent compenser le montant de ces rapports avec les créances qu'ils peuvent avoir contre la succession, parce qu'ils sont créanciers de la succession et débiteurs des cohéritiers. Quand plusieurs personnes étant héritières d'une même succession, l'une d'elles se trouve à la fois créancière et débitrice de cette succession, il n'y a pas lieu à compensation, la dette n'est pas liquide ; on ne connaît pas la part de chacun dans la succession et l'article 883 ne s'applique pas aux créances.

Le mandat a également donné lieu à des difficultés au sujet de la compensation. Du mandant au mandataire, il y a évidemment compensation, car ils sont réciproquement obligés, cela va de soi. Mais lorsque le mandataire s'est substitué à un autre mandataire, la jurisprudence admet une distinction et déclare que la compensation ne sera possible entre le mandataire substituant et le substitué, qu'autant que ce dernier n'a pas eu connaissance du mandat primitif. Mais lorsque le substitué connaît le mandat primitif, il ne peut y avoir compensation qu'entre le substitué et le mandant originaire, la loi accordant dans ce cas une action directe à ce dernier contre le substitué. Cette doctrine a été admise dans un arrêt de la cour de Lyon du 7 décembre 1859. Mais la compensation sera toujours possible entre le mandant et le mandataire primitifs, car ils sont personnellement créanciers et débiteurs l'un de l'autre.

Il nous importe maintenant de rechercher quel est l'effet

d'une cession de créances sur la compensation. Les principes de la matière sont posés dans l'article 1295 du Code civil.

Nous devons remarquer tout d'abord que pour que la cession produise un effet quelconque entre le cédant et le cédé, il faut que, conformément aux prescriptions de l'article 1690, elle ait été notifiée au débiteur cédé ou acceptée par lui dans un acte authentique. Jusque-là le débiteur peut se libérer par le paiement de la dette ; il pourra donc compenser, puisque la compensation n'est qu'un paiement fictif. Le cessionnaire n'aura donc qu'une action en garantie contre le cédant pour se faire indemniser du préjudice que lui cause cette compensation.

Si nous supposons maintenant la cession rendue parfaite à l'égard du débiteur par l'un des modes énumérés en l'article 1690 ; nous devons, au point de vue de la compensation, faire une distinction, car les résultats seront différents, suivant que l'on aura eu recours à une notification, ou que l'on aura fait accepter la cession par le débiteur dans un acte authentique.

Prenons d'abord la première hypothèse, le débiteur a notifié la cession ; l'article 1295 nous dit : cette signification empêche désormais la compensation de s'opérer, les créances que le cédé pourra par la suite acquérir contre le cédant ne pourront plus se compenser. Mais la notification n'a pu faire obstacle aux effets que la compensation avait pu produire. Si des causes de compensation avaient existé dans le passé entre le cédant et le cédé, elles ont produit leur effet ; la créance s'est immédiatement éteinte et le créancier cédant a fait un cate nul. La signification qui se trouvait n'avoir plus de cause est nulle, comme la cession elle-même.

Mais le créancier a pu prendre une autre voie et faire accepter la cession par le débiteur et la loi nous déclare que le débiteur qui l'accepte purement et simplement, ne peut

plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu opposer au cédant.

La loi, en édictant cette disposition, a dérogé à l'article 1290 qui dit que la compensation s'opère à l'insu des parties ; car dans l'espèce l'acceptation du débiteur a pour effet de faire renaître la créance éteinte. Mais il faut concilier cette distinction avec cette autre prescription qui dit qu'on ne peut nuire aux droits acquis à des tiers. La créance qui subsiste au regard du débiteur cédé, devra donc être considérée comme éteinte vis à vis des tiers auxquels la compensation opérée par le fait de la loi a procuré la libération. Ainsi tous les privilèges, hypothèques, cautionnements qui étaient attachés à la créance originairement, ont été éteints définitivement par la compensation ; ils ne peuvent plus renaître par l'effet du débiteur, la créance revit mais dépourvue de garanties.

Devons-nous appliquer cette décision même au cas où le débiteur a accepté la cession dans l'ignorance des causes de compensation qui pouvaient exister à son profit? Pour résoudre cette question, nous nous baserons sur l'article 1299, qui ajoute à la rigueur de la loi. Lorsqu'une dette éteinte par compensation est payée par erreur par le débiteur il ne peut se prévaloir des privilèges ou hypothèques qui la garantissaient qu'autant qu'il a payé par erreur. Nous croyons qu'il faut par analogie étendre cette décision à la question qui nous occupe et décider que, dans ce cas, l'ancienne créance survit avec toutes les garanties y attachées. L'erreur a toujours dans notre législation été prise en considération.

Les effets sont donc très différents suivant qu'on a recours à l'un ou à l'autre des modes déterminés par l'art. 1670.

On s'est demandé également si une acceptation était nécessaire pour opérer le transport et si la connaissance qu'en pourrait avoir le tiers suffirait pour la rendre parfaite. Nous

ne pouvons admettre une doctrine si manifestement en contradiction avec les art. 1295 et 1690. Une telle considération n'a pu entrer dans l'esprit du législateur; alors que le débiteur aurait eu connaissance du transport, il ne produit d'effet au point de vue de la compensation qu'autant qu'il lui est notifié ou qu'il l'a accepté.

La compensation ne peut-elle s'opérer entre les créanciers d'une société et les dettes particulières de l'un des associés ou *vice versa?* Nous devons distinguer suivant que la société forme ou non un être moral distinct des associés. Les sociétés commerciales sont généralement reconnues comme formant une personne morale distincte des associés, alors point de compensation possible, car chaque partie n'est pas personnellement et principalement créancière et débitrice de l'autre.

§ V. — *Il faut que les deux dettes ou l'une d'elles ne soient pas du nombre de celles exceptées par la loi.*

Lorsque les deux créances réunissent les qualités que nous venons d'exposer, la compensation s'opère de plein droit quelles que soient les deux dettes.

Il n'y a pas lieu en règle générale de se préoccuper de la cause qui leur a donné naissance.

Immédiatement après avoir établi ce principe dans le § 1er de l'art. 1293, le législateur nous indique un certain nombre de cas dans lesquels, bien que les conditions exigées pour la compensation se trouvent réunies, celle-ci ne s'opère pas. On peut donc dire qu'en réalité, il faut une cinquième condition pour qu'il y ait lieu à compensation, savoir : que les dettes à compenser ne soient pas du nombre de celles exceptées par la loi. La plupart des exceptions établies par le C. C. ont été

empruntées au droit romain et à l'ancien droit français, mais cette décision est assez malheureuse, car elle n'est que l'application des règles que nous venons d'établir.

La compensation n'a pas lieu dans les cas suivants :

1° *Demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé.* — Bigot Préameneu nous donne dans l'exposé des motifs de la loi la raison suivante de cette exception. Le spoliateur, ne peut, sous quelque prétexte que ce soit, être autorisé à retenir ce qu'il a volé, l'ordre public l'exige. De là cette maxime : *Spoliatus ante omnia restituendus.* Cette disposition de la loi est facile à justifier. Si le créancier pouvait aller lui-même, sans avoir recours à la justice, dépouiller son débiteur et s'approprier ce qui est en la possession de ce dernier pour se payer, il n'y aurait plus besoin de justice, ni de tribunaux; ce serait le retour à la vie barbare où chacun serait son propre juge, chargé du soin de se faire justice à lui-même. Nous reviendrions à l'application de cette maxime barbare, le droit du plus fort serait la justice.

Avant de demander à son débiteur le paiement des créances que l'on peut avoir contre lui, il faut d'abord lui restituer ce qu'on lui a dérobé. Alors même qu'il n'y aurait eu qu'une voie de fait par laquelle le créancier se serait approprié ce qui appartient à son débiteur sans vol proprement dit, la compensation serait impossible. L'ordre public justifie la disposition de la loi.

Il nous reste à examiner si cette disposition de la loi constitue réellement une exception aux règles précédemment établies. Elle n'est à notre avis que l'application du droit commun. Deux hypothèses peuvent en effet se présenter : ou la chose dérobée est un corps certain, et alors la dette étant d'un corps certain, il ne peut y avoir lieu à compensation. Il ne pourrait donc y avoir lieu à compensation que

dans le cas où les choses dérobées sont des choses fongibles; mais dans cette hypothèse même la compensation ne peut s'opérer, car par le fait de la soustraction ou du vol, la dette s'est transformée en une dette de corps certain. Nous pensons donc que le législateur n'a, en édictant ce paragraphe, fait qu'appliquer le droit commun.

2° *Demande en restitution d'un dépôt et du prêt à usage.* — Cette solution était commandée par les principes mêmes de la compensation. En effet, par le fait du dépôt ou du prêt à usage, le dépositaire et l'emprunteur deviennent débiteurs de corps certains, et nous savons déjà que les dettes de corps certains ne peuvent se compenser. D'ailleurs, les dettes qui prennent naissance dans les contrats de dépôt et de prêt à usage, sont des dettes d'honneur que la délicatesse commande de payer avant tout. Le débiteur doit d'abord rendre la chose même qu'on lui a confiée en dépôt ou pour lui rendre service, avant d'exiger le paiement de ce qui leur est dû.

On a cependant cherché à expliquer cette disposition de la loi et à trouver ses applications.

On a reproduit notamment une hypothèse donnée par Pothier en matière de dépôt. Dans le dépôt régulier, il ne peut, nous dit cet auteur, y avoir lieu à compensation, parce que les dettes auxquelles il donne naissance sont des dettes de corps certains; mais il y a un autre dépôt qui n'oblige pas le dépositaire à rendre les mêmes espèces, la même somme, tel par exemple le dépôt d'une somme d'argent chez un banquier.

La dette devenant une dette de choses fongibles, si l'exception dont s'agit n'avait été établie par la loi, la compensation s'opérerait. On arrive en suivant ces auteurs à des résultats injustes qui n'ont pu entrer dans la pensée des législateurs.

On a aussi conçu des cas dans lesquels s'appliquerait l'exception de l'article 1293, en matière de prêt à usage. Ce contrat a également pour objet des corps certains qui doivent être rendus aux individus; et si l'emprunteur pouvait rendre autre chose que ce qui lui a été prêté, ce ne serait pas le prêt à usage; mais le *commodat* ou prêt de consommation.

Une hypothèse que l'on a imaginée s'appliquerait, suivant certains auteurs, aux deux cas qui nous occupent. Si, disent-ils, le débiteur étant en demeure, la chose périt, sans qu'il puisse établir qu'elle eût été également détruite entre les mains du créancier, sa dette se transformerait en une dette de dommages-intérêts, dette fongible qui rendrait la compensation possible. Nous ne croyons point que cette hypothèse soit celle prévue par la loi; car une fois que la dette aura été rendue liquide par un jugement, il n'y a pas de raison pour rendre la compensation impossible, puisque le déposant ne peut plus espérer trouver la chose même qu'il avait prêtée ou déposée. D'ailleurs le texte se refuse à une pareille interprétation, puisqu'il parle expressément de la demande, « demande en restitution de la chose volée, déposée ou prêtée. » Enfin la condamnation opère une novation judiciaire et Pothier reconnaît lui-même que lorsque la dette s'est convertie en une dette de dommages-intérêts, elle est susceptible de compensation. On suppose encore le cas où une clause pénale aurait été ajoutée au contrat; si la peine venait, dit-on, à être encourue, la compensation pourrait, sans l'article 1293, avoir lieu. Mais on ne peut concevoir une clause pénale venant s'ajouter à un contrat d'honneur reposant essentiellement sur la bonne foi. Nous ne pouvons soupçonner que les rédacteurs du Code aient eu l'intention de viser une espèce toute théorique qui n'aura jamais d'application dans la pratique.

3° *Dettes insaisissables.* — Le dernier alinéa de l'article 1293

exclut la compensation dans le cas où une dette a pour cause des aliments déclarés insaisissables.

Cette disposition est une véritable exception fondée sur un motif d'humanité. Il ne faut pas que le débiteur se voit enlever par son créancier une somme destinée à sa nourriture. Pothier déclare que les aliments étant chose nécessaire à la vie, ce serait un espèce d'homicide que commettrait celui qui est chargé de les fournir, s'il les refusait sous quelque prétexte que ce fût, même de compensation. Bigot-Préameneu s'exprime ainsi dans l'exposé des motifs : « Une tierce personne ne pourrait saisir les aliments entre les mains du débiteur, ce serait une sorte de saisie si le débiteur voulait retenir la somme en la compensant. La clause d'insaisissabilité qui empêche la saisie de la part des créanciers empêche également la compensation. En effet, on ne peut par la voie de la saisie me contraindre à payer une dette avec une somme destinée à fournir des aliments, la compensation qui est une sorte de paiement ne sera pas davantage possible. L'insaisissabilité étant l'obstacle qui s'oppose à la compensation si cet obstacle vient à disparaître, sa disparition aura pour conséquence de rendre la compensation possible. La compensation sera non seulement impossible avec toute dette d'aliments, mais encore avec toutes les autres dettes déclarées insaisissables. L'article 1293 pose en principe qu'une dette insaisissable est non compensable ; ce principe doit être appliqué dans toutes les circonstances analogues à celle prévue par le législateur.

4° *Créances de l'État.* — Aux exceptions que nous venons d'examiner, exceptions tirées du droit civil, il faut en ajouter une autre fondée sur les règles relatives à l'organisation des finances publiques. Elle concerne les contributions dues à l'État, à l'égard desquelles la compensation n'a jamais été admise. Le consul Cambacérès proposa, lors de la discussion

de l'article 1293, d'établir cette exception dans la loi ; mais Bigot-Préameneu répondit que l'article 1293 était étranger aux dispositions qui tiennent à l'ordre public. Les droits d'enregistrement rentrant dans la classe des impôts ; on doit les assimiler avec les contributions indirectes ; aussi jamais la compensation n'a été admise. Mais il est de jurisprudence que la compensation a lieu entre un droit indûment perçu par la régie et partant restituable et un droit dû à la régie.

Mais la compensation est possible pour les autres créances de l'État. La compensation légale doit avoir lieu lorsque l'État est créancier et débiteur à la manière des particuliers ; cependant cette condition ne suffit pas ; il faut encore que l'État, comme créancier et comme débiteur, soit représenté par la même régie. De plus les conditions requises par la loi, pour que la compensation légale s'opère, doivent également être remplies. La distinction que nous venons d'établir, pour les créances de l'État, s'applique également aux villes et communes. Les impositions seront soustraites à la compensation ; mais les créances acquises à la manière des particuliers se compenseront avec les dettes.

5° *Dettes commerciales.* — La jurisprudence a également admis des exceptions à la compensation en matière commerciale. Ainsi la compensation n'est pas admise entre la mise sociale due par un commanditaire et les sommes dont il se trouve créancier par compte courant, de la société. Une semblable compensation aurait pour effet de détourner une somme due de la destination à laquelle elle se trouvait spécialement affectée, par la nature des choses, et d'après la convention. Le compte courant résulte des relations postérieures et étrangères à la constitution de la société et ne donne pas à l'associé, au profit duquel il se solde, plus de droit sur sa propre mise qu'aux autres créanciers. C'est ainsi encore qu'il ne s'opère pas de compensation entre la dette

envoyée au tiré par le tireur d'une lettre de change, avec affectation spéciale au paiement de cette lettre, et la créance du tiré contre le tireur.

§ VI. — *La compensation ne peut avoir lieu au préjudice des droits acquis à des tiers.*

Ce principe posé par la loi dans l'article 1298 dérive de l'assimilation qui existe entre la compensation et le paiement. De même que le paiement ne pourrait avoir lieu au préjudice d'un droit acquis, 1242, de même la compensation ne pourrait davantage s'opérer. Immédiatement après avoir établi ce principe, l'article 1298 en fait une application en matière de saisie-arrêt, en ces termes : « Ainsi celui qui, étant débiteur, est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, ne peut, au préjudice du saisissant, opposer la compensation, quoique la saisie-arrêt ne confère sous l'empire du Code aucune préférence au saisissant; elle rend cependant son droit plus solide; elle le garantit contre les prodigalités du débiteur qui ne peut plus être payé, ni céder la créance frappée de saisie-arrêt; mais le droit du saisissant n'est définitivement fixé que par le jugement qui valide la saisie-arrêt. A partir de cette décision le saisissant est à l'abri de tout danger, il ne craint même plus le concours des autres créanciers qui viendraient postérieurement frapper la même créance de saisie-arrêt.

La compensation qui s'est opérée avant la saisie-arrêt pourra toujours être opposée par le tiers-saisi. Ainsi, une femme séparée de biens et créancière de son mari à raison d'indemnités pour dettes contractées solidairement avec celui-ci, se trouve en même temps débitrice de ce dernier par le résultat de la liquidation : si une saisie-arrêt vient à

être pratiquée entre ses mains, la compensation produira néanmoins tout son effet, bien que la femme n'ait pas encore à ce jour soldé les dettes solidaires qu'elles a contractées envers son mari, mais si la créance de celui-ci est postérieure à la saisie-arrêt, il devra subir le concours du saisissant et ne pourra se prévaloir de la compensation qui se serait opérée, si la créance n'avait pas été saisie-arrêtée.

Nous devons noter que le tiers saisi devenu après la saisie-arrêt créancier du saisi, ne peut concourir avec les créanciers saisissants, pour le cas où il aurait acquis volontairement une créance contre le saisi, car alors un concert frauduleux entre le saisi et le tiers-saisi pourrait rendre la saisie-arrêt illusoire.

Si après la saisie-arrêt le saisi contracte de nouvelles dettes, les créanciers nouveaux pourront également saisir-arrêter. La saisie-arrêt ne créant aucun privilège au profit du premier saisissant celui-ci verra son gage diminué par toutes les obligations nouvelles que pourra contracter son débiteur. La saisie-arrêt ne peut interdire au saisi le droit de contracter de nouvelles dettes, dit M. Colmet-Daage, à moins que le saisissant ne prouve que ces créances sont entachées de fraude.

Lorsque la main-levée de la saisie-arrêt sera donnée par le créancier ou prononcée par justice, la compensation aura alors lieu comme s'il n'y avait jamais eu de saisie-arrêt.

La cour de Bordeaux a aussi jugé que le tiers saisi, devenu, postérieurement à l'opposition, cessionnaire d'une créance contre le saisi, peut invoquer le bénéfice de la compensation si le saisissant donne main-levée de cette opposition, encore bien que la main-levée soit postérieure à un second transport de la même créance.

Nous venons de voir une application du principe que la compensation ne peut nuire aux droits des tiers ; mais il en entraîne un grand nombre d'autres.

L'article 1295 que nous avons déjà étudié et qui établit que le cédé qui a accepté la cession ou auquel on l'a notifiée ne peut plus invoquer la compensation qui viendrait à s'opérer entre lui et le cédant à l'encontre du cessionnaire, fait une application de ce principe. Il en existe encore beaucoup d'autres.

Il existe une hypothèse où la théorie établie par l'article 1298 peut présenter une difficulté. Un individu achète un immeuble grevé d'hypothèques, l'acquéreur de cet immeuble se trouve être en même temps créancier du vendeur ; toutes les conditions requises pour la compensation sont réunies, la compensation s'opérera-t-elle ? On enseigne généralement que la compensation ne peut s'opérer. Nous pensons que cette doctrine est trop absolue. La solution de la question qui nous occupe dépend de la solution de cette autre : les créanciers hypothécaires acquièrent-ils, par le fait même de la vente, un droit sur le prix? Si nous nous reportons à l'article 1165, nous devons déclarer que les créanciers hypothécaires n'acquièrent aucun droit sur le prix par le fait d'une vente à laquelle ils sont restés étrangers ; car, il est de principe que les confusions ne nuisent et ne profitent pas aux tiers. Leur droit est un droit réel s'attachant à l'immeuble et leur permettant d'en poursuivre l'expropriation en quelque main qu'il puisse être, mais ils n'ont aucun droit sur le prix de l'immeuble ; leur droit se borne à la poursuite de la vente forcée, j'ajouterai même qu'ils n'ont aucun intérêt à avoir un droit sur le prix, car tant que l'immeuble subsiste, leur gage est intact et leurs droits sont sauvegardés.

Ils n'acquièrent un droit sur le prix qu'autant que l'acheteur s'oblige à le payer entre leurs mains, soit pour être subrogé, soit pour purger. Nous décidons donc que la compensation pourra s'opérer entre le vendeur et l'acquéreur d'immeubles grevés d'hypothèque. On a invoqué contre cette opinion divers arrêts de Cours ; mais en examinant ces

arrêts, on verra facilement que l'hypothèse visée diffère de celle qui nous occupe. Ainsi, dans l'espèce jugée par la Cour de cassation qui a rejeté la compensation, l'acheteur s'était obligé à faire la purge dans le délai de quatre mois et par suite il devait payer son prix, entre les mains des créanciers hypothécaires qui avaient alors un droit acquis sur le prix. Les autres arrêts visent des espèces à peu près analogues.

En matière de faillite, l'article 444 du Code de com. déclare nuls relativement à la masse tous paiements d'une dette non échue faits par le débiteur depuis l'époque fixée par le tribunal, comme étant celle de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque, même le paiement par compensation.

Quid si le débiteur du failli devient dans la période fatale, créancier du failli ? Cette espèce n'est point visée par la loi, car, parlant d'une dette non échue elle n'a pu avoir en vue la compensation légale. Nous devons décider qu'elle ne pourra avoir lieu, car on retournerait ainsi la loi des faillites contre ceux que le législateur a eu l'intention de protéger. La loi n'a entendu défendre que la compensation conventionnelle, dans le but d'éviter entre le failli et l'un de ses créanciers un accord ayant pour but d'avantager l'un des créanciers au détriment des autres. Mais si les deux dettes sont échues, rien ne s'opposera plus à la compensation légale ; cependant le créancier à terme du failli ne peut renoncer au terme dans le but de rendre la compensation possible, il ne pourra être payé qu'au marc le franc comme les autres créanciers. Mais l'équité s'oppose quelquefois à ce que les principes soient appliqués dans toute leur rigueur en matière de faillite.

Au cas de plusieurs cessions successives, il y a lieu de distinguer entre les dettes civiles et les effets de commerce. S'il s'agit des dettes civiles, les causes de compensation se cumulent et l'on peut opposer au dernier cessionnaire toutes les causes de compensation qui auraient pu exister vis à vis

du cédant primitif et des cessionnaires successifs. Lorsqu'il s'agit d'effets de commerce, on ne peut opposer au porteur du billet que les causes de compensation qui existent vis à vis de lui. La sûreté du commerce exige qu'il en soit ainsi. Notre ancienne jurisprudence le décidait également ainsi. Cette solution est également admise aujourd'hui par la Cour de Paris et la Cour de cassation.

SECTION II

DE LA MANIÈRE DONT S'OPÈRE LA COMPENSATION ET DE SES EFFETS.

La compensation n'est plus judiciaire comme elle était à Rome ; il n'est plus nécessaire qu'elle soit prononcée par un jugement ; dès l'instant où deux personnes se trouvent être réciproquement créancières et débitrices l'une de l'autre, si les conditions voulues par la loi sont remplies, la compensation s'opère par la seule vertu de la loi et sans qu'aucune intervention de justice soit nécessaire. Telle est la doctrine établie par l'article 1290 : « La compensation s'opère de plein « droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débi- « teurs, les deux dettes s'éteignent réciproquement à l'ins- « tant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concur- « rence de leurs quotités respectives. »

Sans doute, lorsqu'un débiteur libéré par la compensation sera poursuivi en justice par son créancier, s'il désire éviter une condamnation, il devra opposer à la demande dirigée contre lui la compensation qui s'est opérée ; mais la mission du juge se bornera à constater la compensation sans la prononcer. Si même le défendeur ignorant la compensation qui s'est opérée ne l'invoque pas pour établir sa libération, le

juge, qui peut connaître par ailleurs cette compensation doit la déclarer d'office.

La compensation est donc en réalité un mode d'extinction des obligations ; un paiement.

Nous devons donc en conclure que, ainsi que le porte l'article 1297, on appliquera à ce mode d'extinction des obligations les règles relatives à l'imputation des paiements, inscrites dans les articles 1253 et suivants. Le débiteur qui paie, a le droit de déclarer, quelle dette il entend acquitter ; il en sera de même en matière de compensation : tout débiteur de plusieurs dettes en faveur de qui s'opérera la compensation aura le droit de déclarer quelle dette il entend considérer comme éteinte, par la compensation.

Si donc, Primus est débiteur de deux dettes, dont l'une est hypothécaire et l'autre chirographaire, il peut au détriment des intérêts du créancier, déclarer, lorsqu'il devient à son tour créancier de son débiteur, qu'il entend considérer la dette hypothécaire comme éteinte par la compensation. Ce résultat, quoique très dur pour le créancier, ne peut être combattu en présence des termes formels de la loi.

La compensation peut être proposée en tout état de cause, même en appel, comme on pourrait en appel s'appuyer sur le paiement pour établir sa libération. Mais la compensation pourrait même être opposée sur l'exécution de l'arrêt du jugement qui condamne à payer la dette compensée. Le débiteur est condamné à payer en deniers ou quittance ; la compensation équivalant au paiement doit par suite éteindre la condamnation.

Les sûretés qui pouvaient être attachées à la créance telles que hypothèque, caution, gage, s'éteignent avec la compensation et ne peuvent survivre au détriment des tiers, même dans le cas où le débiteur principal, renonçant à s'en prévaloir, aurait exécuté son obligation ; telle est la décision de l'article 1299, sur laquelle nous reviendrons plus loin. Par

application de ce principe tout codébiteur solidaire devrait être libéré par la compensation qui s'est opérée entre le créancier et son codébiteur ; mais la loi en a décidé autrement dans l'article 1294, § 3. Nous avons déjà fait connaître précédemment les motifs de cette décision sur laquelle nous ne reviendrons pas.

Les objets donnés en gage doivent être restitués ; mais nous ne devons pas oublier qu'aux termes de l'article 2082, le débiteur qui a donné à son créancier un gage comme sûreté de la créance ne peut en exiger la restitution qu'autant que l'extinction de la dette est complète ; si donc, il n'y a qu'une compensation partielle, le créancier pourra conserver son gage.

Les intérêts cessent de courir du jour où la compensation s'accomplit. Il n'y a pas lieu de distinguer si les intérêts produits par les créances compensées étaient différents ni si l'une d'elles en produisait, tandis que l'autre n'en produisait pas. De même, la prescription est interrompue par la compensation sans qu'il soit nécessaire de s'occuper du moment où la compensation est invoquée, peu importe que ce soit avant ou après l'expiration du délai nécessaire pour prescrire. Comment en effet concevoir que deux dettes éteintes par la seule force de la loi, puissent produire des intérêts ou être soumises à une prescription quelconque ?

Mais la compensation n'éteint complètement les deux dettes qu'autant qu'elles s'élèvent à la même somme. Si, au contraire, l'une des créances est supérieure à l'autre, elles ne s'éteignent que jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de la plus faible.

Dans ce cas, les privilèges, hypothèques, gage, cautionnement continuent à subsister ; car ils sont indivisibles, ils garantissent la dette tout entière et pour le tout chacune des parties de la dette.

Cette hypothèse nous permet de signaler une différence

entre la compensation et le paiement. Le débiteur ne peut point forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette même divisible nous dit l'article 1244 ; la compensation forcera le créancier à recevoir un paiement partiel.

Une difficulté s'élève au sujet de l'application de la compensation. Il s'agit de savoir si la compensation aura lieu entre une créance qu'une succession a contre un tiers, et la créance qu'un tiers a acquise, depuis la formation des lots contre l'un des héritiers, si la créance héréditaire a été mise pour la totalité au lot d'un autre héritier.

La solution de cette question dépend de cette autre, à savoir si l'effet déclaratif de l'article 883 s'applique aux créances ; si, en effet, nous n'appliquons pas ici l'article 883, pour expliquer cette opération, nous aurons recours à une cession, acte qui ne peut être opposé qu'autant qu'il y a eu notification ou acceptation de la cession par le débiteur. Si l'article 883 s'applique, l'héritier dans le lot duquel aura été mise la créance étant toujours propriétaire de la créance, il ne pourra y avoir lieu à compensation. Nous croyons que l'article 883 n'est pas applicable aux créances qui se trouvent régies par l'article 1220, où se trouve établi le principe de la division entre les divers héritiers. L'article 883, ne l'oublions pas, est une dérogation aux règles générales qui ne doit pas être étendue. L'article 884 vient immédiatement restreindre la règle posée dans l'article précédent, en accordant un recours à l'héritier évincé contre ses cohéritiers, ce qui prouve qu'il n'a pas toujours été propriétaire.

Nous croyons qu'il ne peut y avoir lieu à compensation entre un tiers créancier d'une succession et un héritier qui n'a recueilli aucune part dans la créance héréditaire.

Le principe de la compensation légale nous semble prêter à la critique ; car s'il était appliqué dans sa rigueur il conduirait à des injustices. Si un débiteur ignorant le fait de la compensation payait sa dette, régulièrement il perdrait sa

créance, éteinte par la compensation, et ne pourrait en obtenir le bénéfice qu'en recourant à une action fondée sur le paiement de l'indu, action dénuée de tous les accessoires qui pouvaient garantir sa créance. Aussi le législateur a dû prévoir ce cas et établir une dérogation dans l'article 1299. Le principe de la compensation légale subit encore une grave atteinte dans la dérogation établie par l'article 1294 *in fine*. Certains auteurs, s'appuyant sur ces dérogations fréquentes à un principe posé en règle générale, prétendent, non sans raison, qu'une compensation judiciaire eût été plus logique et plus équitable; le débiteur qui n'eût pas excipé de la compensation pour établir sa séparation, aurait alors conservé sa créance intacte avec toutes ses garanties.

SECTION III

DE LA RENONCIATION A LA COMPENSATION LÉGALE

Cette question peut être envisagée sous divers aspects que nous étudierons successivement. La première hypothèse à examiner est celle-ci : les parties peuvent-elles d'avance renoncer à la compensation? En présence de l'article 1290, qui déclare que la compensation s'opère par la seule force de la loi à l'insu même des parties, on est tenté de décider au premier abord qu'elle doit s'opérer malgré elle. Toullier répond négativement et se base pour établir sa discussion, sur l'article 222 du code civil, qui refuse aux parties de renoncer par avance à une prescription acquise. Cependant cette thèse ne nous paraît pas devoir être admise, car la compensation n'a été introduite, ainsi que nous l'avons précédemment fait remarquer, que dans l'intérêt des parties, sur leur intention

présumée. Il n'existe d'ailleurs, en matière de compensation, aucun texte semblable à celui qui existe en matière de prescription. La compensation n'est, au surplus, qu'un mode de paiement, une manière d'éteindre les dettes. Le paiement des dettes entre particuliers n'est nullement une matière d'ordre public; mais bien un objet de droit privé, livré au caprice de la volonté des parties contractantes, et nous croyons, par suite, devoir décider en principe que les parties peuvent d'avance renoncer à la compensation qui pourrait s'opérer en leur faveur. La renonciation préalable à la compensation, formant une partie intégrante et constitutive de la convention, est opposable aux tiers qui voudraient invoquer cette convention.

Les parties peuvent certainement renoncer à la compensation qui s'est opérée en leur faveur; aucun doute n'a jamais existé sur ce point; mais cette renonciation peut se faire de diverses façons : elle peut être expresse ou tacite. La renonciation expresse peut résulter, par exemple, d'une convention aux termes de laquelle les parties déclarent renoncer à se prévaloir de la compensation qui s'est opérée. Elle peut être tacite, soit verbalement, soit par acte authentique ou sous signature privée; mais de quelque manière que se manifeste cette renonciation, elle doit toujours être non équivoque et certaine, car la renonciation à un droit ne se présume jamais.

La renonciation peut également avoir lieu tacitement; le Code nous signale deux cas de renonciation tacite . l'un est prévu par l'article 1285; c'est le cas d'un débiteur qui accepte purement et simplement la cession d'une créance éteinte par la compensation. Nous reviendrons tout à l'heure sur cette dernière hypothèse.

La renonciation tacite à la compensation doit toujours impliquer une incompatibilité réelle entre l'acte accompli et la compensation. Mais le paiement d'une partie de la dette

n'empêchera pas le débiteur de se prévaloir d'opposer la compensation pour le surplus ; car on ne peut induire du paiement d'une partie de la dette son intention de renoncer à la compensation. M. Demolombe enseigne même que la demande en paiement intentée par un créancier n'indique pas son intention de renoncer à la compensation ; car il n'y a encore aucun acte consommé permettant d'induire cette renonciation. Les modes les plus fréquents de renonciation tacite sont ceux visés par les articles 1295 et 1299 précités.

Nous ne reviendrons pas sur l'hypothèse de l'article 1295, que nous avons commenté précédemment. Il nous reste seulement à examiner l'espèce régie par l'article 1299.

Cet article est ainsi conçu : « Celui qui a payé une dette « qui était de droit éteinte par la compensation, ne peut plus, « en exerçant la créance dont il n'a point opposé la compen- « sation, se prévaloir au préjudice des tiers, des privilèges ou « hypothèques qui y étaient attachés, à moins qu'il n'ait eu « une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser « sa dette. »

Deux cas sont prévus par cet article :

1° Le débiteur a payé une dette qui était éteinte par la compensation, mais il ne l'ignorait pas, ou du moins il n'avait pas une juste cause d'ignorer la compensation qui s'était opérée. Cette renonciation n'est pas opposable aux tiers, décision toute d'équité, car si, après avoir renoncé à la compensation, il pouvait encore se prévaloir des garanties accessoires attachées à l'ancienne créance, il léserait les droits acquis aux tiers ; le bénéfice de la compensation leur est accordé par la loi, qui par sa seule vertu éteint les deux créances au moment où elles coexistent dans des conditions déterminées ; les tiers peuvent invoquer une extinction résultant de la loi elle-même.

Pothier s'exprimait en ces termes : La renonciation à la compensation est une *res inter alios acta*, qui ne peut préju-

dicier aux tiers. La loi ne parle que de l'extinction des privilèges et hypothèques ; mais la caution et autres accessoires s'éteignent également. Le législateur s'est borné à poser le principe sans vouloir en énumérer tous les effets.

Mais entre les parties quel est l'effet de la renonciation à la compensation lorsque cette renonciation a eu lieu en connaissance de cause ? il faut nécessairement que le débiteur qui a payé ce qu'il devait et qui n'a point reçu ce qui lui est dû ait une action pour obtenir paiement ; quelle est cette action ?

Pourra-t-il désormais exercer l'ancienne créance à la condition toutefois de ne pas se prévaloir des garanties accessoires à l'encontre des tiers ? N'aura-t-il au contraire qu'une action nouvelle née de la *condictio indebiti ?* Trois opinions sont ici en présence.

D'après la première, celui qui a fait le paiement a une créance nouvelle, qui est née précisément du paiement qu'il a fait sans être débiteur ; il a une action en répétition de l'indu, la *condictio indebiti.*

La seconde enseigne qu'il conserve son ancienne créance, mais sans acquérir une créance nouvelle dans le paiement qu'il a fait indûment.

Enfin, d'après la troisième opinion, non seulement il conserve son ancienne créance, mais il peut, à son choix, exercer soit l'action née de cette ancienne créance, soit une action nouvelle née à son profit, du paiement de l'indû.

Ces résultats sont très différents suivant qu'on adopte l'une ou l'autre de ces opinions. Accorde-t-on au débiteur qui a payé son ancienne créance, il jouit alors des prérogatives qui y étaient attachées et dont l'exercice ne préjudicie point aux tiers. Sa créance était-elle commerciale, elle reste commerciale. Elle reste productive comme par le passé, le titre reste exécutoire ; l'élection de domicile est maintenue avec toutes ses conséquences. Si, au contraire, on décide que l'ancienne

créance est éteinte, une nouvelle créance apparaît, créance en répétition de l'indû, qui n'est qu'une créance pure et simple.

Comment, s'écrient les partisans de la seconde opinion, peut-on encore accorder au débiteur l'action née de son ancienne créance? La compensation a éteint cette créance en même temps que la dette; la rigueur des principes ne porte-t-elle pas à décider qu'une créance éteinte ne revit pas? Il est absolument impossible, disent les auteurs qui soutiennent ce système, de reconnaître au débiteur libéré par la compensation l'exercice de son ancienne créance; il ne peut avoir qu'une action nouvelle, une action tirant son fondement du paiement de l'indû. M. Colmet de Santerre soutient cette opinion.

La seconde opinion refuse, ainsi que nous l'avons dit, l'ancienne créance à celui qui a payé une dette éteinte par compensation, une action en répétition de l'indû: mais elle lui conserve son ancienne créance. L'article 1377, disent à leur tour les défenseurs de cette opinion, ne refuse-t-il pas la répétition de l'indû à celui qui a payé sachant qu'il ne devait rien? Cette opinion a pour elle l'autorité de MM. Aubry et Rau, qui déclarent que la loi 51, D. *de compensatione; si qui igitur compensam potens solveris, condicere poterit, quasi indebito soluto,* ne s'applique qu'au rare paiement fait par erreur.

Malgré la valeur des arguments que peuvent invoquer les partisans de chacune des opinions que nous venons d'examiner, la troisième opinion, d'après laquelle celui qui a payé peut exercer à son choix l'ancienne créance ou la nouvelle qui est née à son profit du paiement de l'indû, nous semble devoir être admise de préférence aux autres. La compensation, nous objecte-t-on, ayant éteint la dette, il ne peut plus être question, pour celui qui a payé, de l'exercice de son ancienne créance sans faire revivre une créance éteinte. L'article 1299

nous permet de combattre victorieusement cette objection. Cet article dit formellement que le débiteur qui a payé malgré la compensation conserve son ancienne créance. « Il ne peut plus, en exerçant la créance dont il n'a point opposé la compensation, se prévaloir au préjudice des tiers, des privilèges ou hypothèques qui y étaient attachés à moins qu'il n'ait eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette. » Il nous semble qu'en présence d'une rédaction aussi claire, aussi décisive, il est impossible de refuser à celui qui a payé le bénéfice de son ancienne créance.

Les partisans de l'autre opinion se retournent à leur tour contre nous. Vous considérez, nous disent-ils, la compensation comme non avenue; vous ne pouvez donc accorder à celui qui a payé que le droit d'exercer son ancienne créance et non une action en répétition de l'indû. Pour soutenir leur objection, nos adversaires s'appuient sur l'article 1377.

Ce texte, d'après ces auteurs, n'accorde la répétition de l'indû qu'à celui qui a payé par erreur, mais non à celui qui a agi sciemment et en connaissance de cause.

Nous n'examinerons pas ici la discussion qu'ont soulevée les articles 1376 et 1377. Cette question étant en dehors de notre sujet, nous nous contenterons de répondre que cette interprétation confond l'article 1376 et l'article 1377; or chacun de ces deux articles vise une hypothèse spéciale et particulièrement notre espèce; il ne s'agit que du cas prévu par l'article 1376 : le débiteur a payé une dette qui n'existe pas, dette éteinte par la compensation; peu importe qu'il ait été ou non dans l'erreur. L'article 1376 accorde la répétition de l'indû sans distinguer.

Nous avons jusqu'ici supposé que le *solvens* n'ignorait pas la compensation qui s'était opérée; mais une autre hypothèse peut se présenter; il peut ignorer la compensation ou avoir une juste cause de l'ignorer. Cette hypothèse a été également prévue par l'article 1299.

Aucun doute ne peut surgir dans ce cas. Le débiteur conserve évidemment son ancienne créance ; le texte de la loi est positif. Mais alors non seulement la créance subsiste entre les parties, elle subsiste également vis-à-vis des tiers. Les privilèges, hypothèques et autres accessoires de la créance survivent à la compensation et subsistent après le paiement. L'erreur donne à celui qui a payé l'avantage de conserver son ancienne créance. Cette disposition a été empruntée à Pothier qui en donne pour raison que la compensation est une fiction qui a été établie en faveur des parties et qui ne doit avoir lieu qu'autant qu'elle leur est profitable.

Ce bénéfice de la loi serait évidemment dangereux, si par cela seul qu'on n'a pas eu connaissance de la compensation, on devait éprouver une déchéance. On a ici sacrifié les tiers, mais comme l'a dit à bon droit un auteur célèbre : « La cause de la bonne foi doit l'emporter sur leurs intérêts. » La coexistence des deux dettes qui ont amené leur extinction eût dans notre hypothèse été contraire à l'équité. Celui des débiteurs qui a payé, ayant une juste cause d'ignorance, pourra non seulement user du bénéfie de son ancienne créance, il pourra même, s'il le préfère, exercer l'action en répétition de l'indû que personne ne lui refuse dans notre hypothèse.

L'action de l'indû peut donc, sans incomptabilité, coexister avec l'ancienne créance. Il peut arriver que cette action de l'indû soit plus utile à celui qui a payé que l'action née de son ancienne créance. Supposons, en effet, que l'*accipiens* soit de mauvaise foi, et que la créance primitive ne produise pas d'intérêts, l'action, née du paiement de l'indû, lui serait plus profitable, car elle lui permettra de réclamer les intérêts.

Il est évident que dans notre hypothèse, c'est-à-dire toutes les fois que le paiement aura été fait par un débiteur ayant

une juste cause d'ignorer la compensation, ce sera à ce débiteur à prouver son ignorance. Il est demandeur, il affirme, donc il doit prouver, mais la preuve d'une juste cause d'ignorance lui suffira.

La disposition de l'article 1299 ne s'occupe que du *solvens ;* devons-nous également distinguer s'il a reçu par erreur ou sciemment le paiement? Sans doute il a reçu ce qui lui était dû et l'on comprend difficilement l'intérêt qu'il y avait à distinguer s'il a reçu sciemment ou par erreur ; cependant il peut y avoir des cas dans lesquels il a plus d'intérêt à la compensation qu'au paiement. Supposons, par exemple, que la créance éteinte par le paiement ne produise pas d'intérêts, tandis que la créance de son adversaire, qui continue à subsister, soit productive d'intérêts. Il est manifeste qu'alors il a intérêt à la compensation et il ne peut être supposé y renoncer, alors qu'il ne la connaissait pas. Il pourra donc demander que les choses soient remises en leur ancien état, entre son débiteur et lui. Il en serait de même dans le cas où les deux parties seraient dans l'erreur ; car alors aucune d'elles n'est censée avoir renoncé à la compensation.

La renonciation, qui détruit tous les effets de la compensation, en laisse cependant subsister un ; c'est l'interruption de la prescription. Il n'y a, ainsi que le dit M. Desjardins, aucune négligence à reprocher aux parties, puisque chacune d'elles a dû croire sa créance et sa dette éteintes l'une par l'autre d'une manière définitive.

CHAPITRE II

DE LA COMPENSATION FACULTATIVE

La compensation légale, que nous venons d'étudier, s'opère par la seule vertu de la loi, indépendamment de la volonté des parties et même à leur insu. La compensation facultative, au contraire, est, comme son nom l'indique, celle qui dépend de la volonté des parties. Elle n'a lieu que dans les cas où la compensation légale ne se produit pas, par suite de l'absence de l'une des conditions requises pour la compensation ; il faut alors, pour qu'elle ait lieu, que la partie, de qui la compensation n'a pas été admise, consente à lever l'obstacle à la compensation, pour qu'elle puisse s'opérer. On comprend, en effet, facilement que le seul obstacle à la compensation consistant dans une disposition de la loi établie en faveur de l'une des parties, celle-ci puisse, en renonçant à ce bénéfice, arriver à la compensation.

Pour rendre ce résultat plus sensible, il suffit de prendre un exemple. Paul est créancier de Jean d'une somme de dix mille francs qu'il lui a confiée en dépôt ; Jean, par suite d'une circonstance postérieure, devient créancier de Paul de la même somme. Il ne pourra, lorsque Paul lui demandera de rentrer en possession de la somme déposée, refuser de les lui rendre, sous prétexte qu'il est lui-même créancier de Paul ; mais s'il poursuit Paul, ce dernier pourra renoncer au

bénéfice que la loi a établi en sa faveur et lui opposer la compensation. Mais si la créance née du dépôt était plus considérable nous pensons que la compensation ne serait possible qu'autant que Paul offrirait le surplus. Les principes commandent cette solution. L'article 1244, qui refuse au débiteur le droit de se libérer par un paiement partiel, établit une règle générale à laquelle on ne peut déroger qu'autant qu'une disposition formelle de la loi autorise une dérogation. Cette dérogation n'est établie par l'article 1290 qu'en faveur de la compensation légale, nous ne pouvons l'étendre. La compensation facultative à laquelle on a recours pour prouver la libération n'est en quelque sorte qu'une dation en paiement.

Le débiteur ne peut pas plus éteindre sa dette pour partie par une dation en paiement que par un paiement réel. Cette opinion est celle adoptée par M. Demolombe dans son traité sur les obligations. Nous devons cependant reconnaître que l'opinion contraire à celle que nous soutenons a aussi ses partisans ; mais ils reconnaissent la fausseté de leur doctrine en refusant de l'appliquer dans tous les cas. Ils reconnaissent, en effet, que s'il s'agit d'une rente dont le capital n'est pas remboursable par partie, la compensation partielle ne pourra être opposée. Refuser d'admettre les conséquences d'une doctrine, n'est-ce pas en reconnaître la fausseté ? La dérogation à l'article 1244 ne peut d'ailleurs, ainsi que le fait remarquer fort judicieusement M. Desjardins dans son ouvrage sur la compensation, provenir que d'une disposition législative et non du fait de l'homme.

La compensation qui se produit, ainsi que nous l'avons dit, lorsqu'une partie renonce à une disposition de la loi établie en sa faveur, pourra se produire toutes les fois que l'obstacle à la compensation n'a été établi qu'en faveur d'une personne lorsqu'elle renoncera à ce bénéfice ; peu importe que l'obstacle provienne soit de l'objet de l'une des dettes,

soit de sa cause, soit d'une modalité sous laquelle elle a été contractée, soit enfin de ce que les deux parties ne sont pas personnellement et principalement créancières et débitrices l'une de l'autre. Il pourra encore y avoir compensation facultative au cas où une personne est débitrice du genre et créancière de l'espèce. Si donc l'empêchement existait dans l'intérêt des deux parties leur consentement unanime serait nécessaire pour lever l'obstacle. De même l'une des parties ne pourrait opposer une compensation facultative au préjudice des droits des tiers ; car s'il en est ainsi en matière de compensation légale, cette disposition doit *à fortiori* s'appliquer en matière de compensation facultative.

Certains jurisconsultes donnent à la compensation facultative, le nom de compensation judiciaire et distinguent deux sortes de compensation judiciaire. La compensation judiciaire qui s'opère par voie d'exception ou compensation facultative et la compensation judiciaire par voie d'action ou compensation reconventionnelle. C'est à cette dernière seulement, croyons-nous, que doit être attribuée la qualification de compensation judiciaire. La compensation facultative que nous venons d'examiner dépend de la volonté des parties, elle se produit aussitôt que le débiteur a déclaré au créancier son intention de compenser. Sans doute s'il surgit des difficultés, les tribunaux connaîtront de l'affaire ; mais ils n'auront dans l'espèce aucun pouvoir discrétionnaire. Leur mission se bornera à constater et déclarer la compensation.

Il nous reste maintenant à examiner les effets de la compensation facultative. Les effets de cette compensation sont, une fois qu'elle est accomplie, les mêmes que ceux de la compensation légale, extinction de la dette avec tous ses accessoires ; mais la question que nous avons à résoudre a cependant un intérêt particulier dans l'espèce. Il s'agit de déterminer le moment où ses effets se produisent, en un mot, si la compensation rétroagit au jour où elle a pu être

opposée. L'intérêt de la question est grand. Pour le mieux faire comprendre il nous suffit de reproduire l'exemple donné par les auteurs. Paul est créancier de Jacques d'une somme de 4,000 fr. pour un dépôt irrégulier; Jacques vient ensuite à hériter d'un tiers créancier de Paul de pareille somme de 4,000 fr. Lorsque Jacques vient poursuivre Paul en paiement de cette somme et des intérêts, Paul réplique en lui opposant une compensation facultative sur laquelle il prétend baser la libération de sa dette, principal et intérêts. Mais Jacques soutient que la compensation ne peut produire d'effets qu'au jour où elle est invoquée et que les intérêts de la créance n'ont cessé de courir jusqu'audit jour. En droit romain la solution de la question n'était pas douteuse, les intérêts s'arrêtant du jour de l'exigibilité des créances; quoique la compensation dût être prononcée par le juge, aussi les partisans de la rétroactivité s'empressent-ils d'invoquer cette analogie; ils se basent également sur le silence de la loi qui nulle part n'a réglementé les effets de la compensation facultative et prétendent que les intérêts sont dûs.

Pour résoudre la question il est utile de rappeler la manière dont s'opère la compensation légale. Elle ne s'opère pas à l'instant où les deux créances coexistent, mais seulement au moment où elles coexistent avec les conditions requises et sans rétroactivité. Il nous semble donc qu'en faisant connaître la manière dont s'opère la compensation facultative nous avons indiqué la solution de notre question. De même que la compensation légale ne s'opère qu'à l'instant où les conditions requises se trouvent réunies, de même la compensation facultative ne produira ses effets qu'au moment où la volonté des parties aura levé l'obstacle et rétabli les conditions de la compensation. Lorsque la compensation se produira en justice, elle produira ses effets, soit à partir du jour de la demande, soit à partir du moment où les juges reconnaîtront d'une manière certaine la volonté de la partie

d'opposer la compensation. Nous ne pouvons en effet reconnaître à la compensation légale des effets plus étendus qu'à la compensation facultative. Pothier admettait déjà cette doctrine et nulle part le législateur n'a indiqué son intention de la modifier. La décision à laquelle nous nous arrêtons est d'ailleurs conforme aux principes de nos adversaires qui admettent qu'en présence du silence de la loi on doit s'en remettre à l'équité. Dans l'autre système, en effet, on avance l'exigibilité de la dette au delà des limites de l'équité ; le déposant en effet, pour nous reporter à l'exemple cité, ne doit restituer le dépôt qu'autant qu'on le lui réclame. Le dépositaire sera constitué en perte sans aucune compensation, car il servirait les intérêts d'une somme qu'il ne peut utiliser devant à chaque instant être prêt à la restituer. Il y aurait entre les parties une inégalité choquante tout entière au détriment du dépositaire ; car son adversaire serait toujours libre de n'opposer la compensation qu'autant qu'elle lui serait profitable. Nous ne pouvons en présence de ces conséquences, admettre la rétroactivité de la compensation facultative, elle ne doit produire d'effets, selon nous, que du jour où elle existe.

Notons que cette compensation une fois opérée ne peut plus être révoquée ni par une partie ni par l'autre, ni d'accord par les deux au préjudice des tiers.

CHAPITRE III

De la compensation reconventionnelle.

Il nous reste pour terminer notre étude sur la compensation à faire connaître en quelques mots les principes de la compensation reconventionnelle.

Et d'abord qu'est-ce que l'on doit entendre par reconvention ? La reconvention n'est autre chose qu'une nouvelle demande opposée à la première ; ce sont des conclusions au moyen desquelles le défendeur se porte demandeur à son tour. Prenons un exemple pour mieux faire comprendre le sens de cette définition. Paul est tenu envers Pierre d'une dette de 50,000 fr. pour prêt de pareille somme ; dette réunissant toutes les conditions requises pour que la compensation légale s'opère, Pierre actionne Paul en paiement de cette somme ; Paul est de son côté devenu créancier de Pierre pour une raison quelconque ; mais sa créance ne réunit pas toutes les conditions requises pour que la compensation légale puisse s'opérer ; elle n'est pas liquide. Comment Paul pourra-t-il se soustraire à la demande dirigée contre lui ; il ne peut avoir recours à la compensation légale puisque l'une des conditions requises manque ; il ne peut pas plus avoir recours à la compensation facultative, car ce n'est pas dans son intérêt que la liquidité à été exigée, mais dans l'intérêt de son adversaire.

Se verra-t-il donc réduit à obtempérer à la demande formée contre lui et à payer ce qu'il doit, pour former ensuite une nouvelle demande contre son adversaire et s'exposer à ne trouver qu'un insolvable ? La loi a prévu les inconvénients d'un pareil système, et elle a offert à ce débiteur une dernière ressource qui consiste dans la reconvention. Paul formera devant le tribunal saisi de la première affaire, une demande incidente contre le demandeur, afin que le tribunal saisi des deux demandes puisse constater sa créance, la liquider et prononcer en conséquence la compensation. Voilà ce que l'on entend par compensation reconventionnelle. C'est une nouvelle demande opposée à la première, c'est le défendeur qui réagit à son tour et qui, devant le même juge, se constitue demandeur à son tour : « *reconventio est mutua rei petitio, ad petitionem actoris redacta.* »

Mais la reconvention n'a pas seulement pour but et pour résultat de permettre à un défendeur actionné d'arriver à opposer en compensation une créance qui ne remplissait pas toutes les conditions requises. La reconvention est un moyen de défense à l'action principale dirigée contre un individu ; c'est un moyen de terminer par un seul et même jugement deux litiges, pouvant donner naissance à deux actions séparées.

La reconvention fut l'objet de luttes très vives dans l'ancien droit. On dut lutter pour la faire admettre contre les mêmes obstacles qui avaient empêché longtemps la compensation d'exister. Notons cependant qu'elle fut toujours admise de tout temps par le droit canonique, qui avait puisé un grand nombre de ses règles dans les principes de la législation romaine et s'était attribué tout ce qui lui avait semblé conforme à l'équité. Mais elle fut énergiquement repoussée par le droit féodal qui l'enveloppait dans la même proscription que la compensation. Reconvention n'a pas lieu en cour laye, disait-on ; telle était la maxime en usage à cette

époque. Cependant nous croyons que l'application de la reconvention, qui continua à régir le midi de la France après la conquête de ce pays par les barbares, ne subit aucune interruption dans les pays appelés pays de droit écrit.

Mais elle ne s'introduisit dans notre ancien droit coutumier que longtemps après la compensation, et au XVI^e^ siècle elle n'existait qu'exceptionnellement dans certaines coutumes, tandis que d'autres la repoussaient complètement. Le principal texte que nous ayions sur la matière est l'art. 166 de la coutume de Paris qui était ainsi conçu :

« Reconvention en cour laye n'a lieu si elle ne dépend « de l'*action*, et que la demande en reconvention soit la dé- « fense contre l'action premièrement intentée ; et en ce cas, « le défendeur, par le moyen de ses défenses, peut se « constituer demandeur. » Cette disposition fut également admise par d'autres coutumes, et il est certain qu'elle fut souvent prise pour règle d'interprétation.

Cet article semble par la manière dont il est conçu apporter quelques restrictions à la compensation. Deux conditions semblaient en effet exigées pour la compensation : 1° que la reconvention dépendit de l'action, c'est-à-dire qu'il y eût connexité entre les deux demandes. Les auteurs furent loin d'être unanimes sur l'interprétation de cet article. La doctrine et la pratique favorables à la reconvention se montrèrent plus disposées à l'étendre qu'à la restreindre.

D'ailleurs, quelle que soit l'interprétation que l'on donne à cet article, il est certain que la jurisprudence fit peu à peu de grands progrès dans la reconvention. On en arriva même à l'admettre avec tant de facilité, que la plupart des auteurs parmi lesquels nous pouvons citer : Valin, Denisart, déplorent les abus auxquels on était arrivé. On ne se demande plus dans quel cas elle est admise, mais dans quels cas elle n'a pas lieu. Dans les coutumes qui la prohibent expressément, elle

est toujours admise au moyen des lettres du prince, et même les lettres finissent par n'être plus nécessaires.

La loi du 4 août, en abolissant la patrimonialité des justices, ne fit donc, en ce qui touche la reconvention que consacrer un fait accompli. Et c'est en face de notre ancien droit, tel que nous venons de l'exposer dans son dernier état que se trouvèrent placés les rédacteurs du code civil et du code de procédure.

Les rédacteurs du Code civil n'ont nulle part traité de la reconvention et il n'existe sur cette matière aucune disposition législative ; aussi les jurisconsultes se livrent à des discussions sans fin pour déterminer la doctrine qui doit prévaloir sur cette matière.

Cependant nul doute ne peut s'élever sur l'existence de la compensation reconventionnelle dans notre droit moderne. L'article 464 du Code de procédure civile, ainsi conçu : « Il ne sera formé en cause d'appel aucune nouvelle demande, à moins qu'il ne s'agisse de compensation, ou que la demande nouvelle ne soit la défense à l'action principale, » autorise formellement la compensation reconventionnelle.

Des discussions se sont élevées pour savoir quand on devait admettre les demandes reconventionnelles. Doit-on admettre les demandes reconventionnelles, lors même qu'elles ne dépendent pas de l'action principale? La question est douteuse et controversée; mais nous croyons pouvoir affirmer qu'il n'est pas nécessaire que la cause de la demande reconventionnelle soit la même que celle de la demande principale. En effet, en matière de compensation légale, on n'exige pas que la cause des deux dettes soit la même, ainsi que nous enseigne le législateur dans l'article 1293. S'il en est ainsi en matière de compensation, pourquoi n'en serait-il pas de même de la reconvention, qui n'est autre chose qu'une compensation prononcée par le juge.

Mais comment faut-il entendre le principe dans son application aux demandes reconventionnelles ? Doit-on appliquer la règle coutumière et exiger que la demande reconventionnelle dépende de la demande principale, ou qu'elle soit une défense à l'action principale tendant à la compensation ? Sur ce point règne la plus grande incertitude. La loi est muette. L'interprète peut-il combler la lacune et exiger des conditions que la loi ne prescrit point. Telle n'est point, croyons-nous, la mission de l'interprète, il doit appliquer les principes généraux. La difficulté revient donc à savoir si la condition de connexité ou dépendance que les coutumes prescrivaient résulte des principes. Si nous résolvons cette question par la comparaison de la compensation légale avec la compensation judiciaire ; la compensation légale s'opérant entre deux dettes compensables, qu'elles soient ou non connexes, nous sommes amenés à conclure qu'il ne peut en être autrement des demandes reconventionnelles. Cette opinion a été reconnue par la Cour de cassation dans le projet de code qu'elle a été appelée à dresser.

On a objecté que cette théorie conduisait à éluder le préliminaire de conciliation. Nous répondrons qu'il y a un grand nombre de causes qui ont été soustraites par la loi au préliminaire de conciliation.

La théorie de la reconvention nécessiterait de longs détails et de grands développements ; car cette matière donne naissance à de nombreuses difficultés ; nous laisserons de côté toutes ces questions qui ne se rapportent pas à notre sujet pour ne nous occuper de la reconvention que dans ses rapports avec la compensation.

La compensation reconventionnelle existe évidemment sous l'empire du code, ainsi que nous l'avons déjà dit ; mais l'incertitude commence quand il s'agit de savoir quels sont les règles que les juges doivent appliquer en cette matière. Au Conseil d'État, Malleville avait proposé d'étendre la

compensation légale aux créances faciles à liquider. C'était demander une chose impossible ; la compensation, comme nous l'avons dit, ne saurait être légale, quand l'une des dettes n'est pas liquide, elle ne peut être que judiciaire. La proposition de Malleville aboutissait à un non-sens. Aussi Treilhard répondit que le juge déférant à l'équité, accorderait un délai au débiteur, c'est-à-dire surseoirait à la condamnation. Mais Tronchet fit observer avec raison que la compensation judiciaire ne devait pas être confondue avec la compensation légale. En effet, les deux créances qui, en matière de compensation légale, s'éteignent dès qu'elles co-existent, et cessent de produire des intérêts, ne s'éteindront que le jour ou la liquidation sera faite, le jour où le juge admettra la compensation et c'est de ce jour seulement que les intérêts cesseront de courir.

Le Code ne nous ayant point formulé les principes qui régissent cette matière, la compensation reconventionnelle, est une compensation d'équité prononcée par le juge, qui a, en cette matière un pouvoir discrétionnaire. Aussi, s'il s'aperçoit que la créance opposée en compensation n'est pas d'une liquidation facile, ou même s'il conçoit des doutes sur son existence, ou bien s'il pense qu'il y a lieu de croire que la vérification ou la liquidation de cette créance entraînerait des délais considérables, il pourra n'en pas tenir compte. Il serait en effet bien injuste que celui qui vient demander le paiement d'une créance liquide et exigible puisse voir retarder son paiement par suite de difficultés soulevées peut être par un esprit de mauvaise foi et de chicane et uniquement en vue de gagner du temps, car ce serait réellement convertir une créance exigible en une créance à terme. Cette possibilité, on peut même dire cette facilité d'abuser de la reconvention pour retarder le paiement d'une dette claire et incontestable par une demande reconventionnelle qui comporte peut être une discussion de nature à soulever

les questions de droit les plus importantes, les plus ardues, avait déjà été prévue par Justinien.

C'est pour y porter remède qu'il défend au juge, dans une de ses constitutions, d'admettre avec trop de facilité la compensation [1], et qu'il ne l'y autorise qu'à la condition que la créance sera liquide et non contestable : « *Non multis ambagibus innodata, scd possit facilem exitum sui præstare ; satis enim miserabile est... opponi compensationem jam certo et indubitato debito, et moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi.* » Ainsi, dit l'empereur, que les juges ne se montrent pas si empressés à admettre la compensation : « *Non proclidiores ad admittendas compensationes, sed stricto jure utentes nec molli animo eas suscipiant* [2]. » Cette règle est fort sage, aussi M. Henrion de Pansey [3], s'inspirant de la constitution impériale que nous venons de citer, s'exprime ainsi : « Si la demande reconventionnelle présentait des difficultés « sérieuses de nature à entraîner des longueurs considéra- « bles, il serait de la sagesse du tribunal de la renvoyer de- « vant son juge naturel, et de statuer définitivement sur « l'action originaire [4]. » Les juges feront donc sagement, s'ils s'aperçoivent de quelque fraude, de retenir seulement l'affaire originaire, et de prononcer définivement sur cette demande principale en renvoyant le jugement de la demande reconventionnelle après qu'elle sera instruite [5].

Dans l'article 464, la seule disposition légale qui se rapporte à la reconvention, le législateur, aussitôt après avoir établi qu'aucune demande nouvelle ne sera portée en appel,

[1] Leg. ult., Code, *de Comp.*, IV, 31.

[2] Justinien n'entendait évidemment parler que de la compensation judiciaire : nous savons qu'il n'y avait pas de compensation légale à Rome.

[3] H. de Pansey, *Tr. de l'org. de l'autor. judic.*, p. 195.

[4] Rennes, 1er mai 1849, *J. du P.* 1849, t. II, p. 88. — Guy Coquille, *quæst.* 33.

[5] Camus, obs. sur Ferrière, *Cout. de Paris*, art. 106.

fait exception pour la compensation : « *à moins qu'il ne s'agisse de compensation.* »

Le demandeur pourra donc invoquer la compensation, même en appel, non pas comme simple moyen de défense, mais comme une demande, « on ne formera pas de *nouvelle* « *demande*, si ce n'est en cas de compensation. » « Or, en « cas de compensation, on peut invoquer une créance non « alléguée jusque-là, non seulement comme défense, mais « même comme demande [1]. » Ceci ressort bien clairement de ces mots de notre article 464 : « *à moins* qu'il ne s'agisse « de compensation, *ou* que la demande nouvelle ne soit la « défense à l'action primitive, » car si les tribunaux ne pouvaient pas connaître de la compensation par *demande*, ils ne pouvaient en prendre connaissance que par défense, ce qui rendait inutile la première partie de notre texte [2].

Quand un débiteur poursuivi par son créancier a lui-même contre ce créancier une créance non liquide, comme ce défaut de liquidité empêche la compensation légale et interdit au créancier de la créance non liquide le droit d'opposer la compensation facultative (puisque pour pouvoir opposer cette compensation, il faut que l'obstacle à la compensation légale ait été créé dans l'intérêt de celui qui renonce à ce bénéfice), il aura recours à une demande reconventionnelle formée contre le demandeur lui-même. Il résulte de ce principe que, par cette demande, le défendeur (demandeur à la reconvention) fera liquider sa créance par un seul et même jugement, si la liquidation en est peu compliquée, et obtiendra ainsi une compensation par demande reconventionnelle. Cette demande, comme l'indique l'article 307 (C. C.) s'introduira par un simple acte d'avoué à avoué.

Une simple exception à l'effet de liquider la dette ne suf-

[1] MM. Boitard et Colmet Daage, loc. cit., art. 464.
[2] MM. Boitard et Colmet Daage, loc. cit., art. 464.

firait pas en pareil cas pour opposer la compensation. Il faut une demande reconventionnelle. Car, dans cette hypothèse de compensation judiciaire, la loi n'a pas éteint les deux dettes du jour où elles ont coexisté, comme elle le fait pour la compensation légale, — s'il suffit d'un défense dans ce dernier cas, c'est que la loi a éteint les deux dettes, et qu'il suffit que le tribunal *constate* cette exception [1].

Lorsqu'une demande en paiement est formée devant le tribunal de commerce, le défendeur peut-il opposer en compensation par demande reconventionnelle, la créance qu'il aurait contre le demandeur, si l'existence de cette créance dépendait d'une question de droit civil? Le principe de l'incompétence *ratione materiæ*, qui est d'ordre public, s'y opposerait. Mais il en serait autrement s'il s'agissait simplement d'incompétence *ratione personæ;* l'intérêt qu'il y aurait à la jonction (diminution des frais, rapidité), est un motif suffisant pour purger ce vice. Dans notre espèce, le défendeur ne pourrait donc pas opposer la compensation, car il violerait une règle *d'ordre public* en portant à la connaissance d'un tribunal de commerce une question réservée exclusivement aux tribunaux civils [2], L'intérêt qui exigerait la jonction des causes n'est pas suffisant pour motiver une interversion dans l'ordre des juridictions.

Il importe de noter que le demandeur principal réactionné, reconvenu par le défendeur, ne peut à son tour le réactionner, le reconvenir. Reconvention sur reconvention ne vaut, telle est la maxime par laquelle on désigne cette règle. En effet, ces demandes respectives entraîneraient des complications sans nombre qui s'enchevêteraient les unes dans les autres, et les procédures deviendraient inextricables.

Nous devons pour terminer indiquer en quelques mots les

[1] Cassat. 1er juin 1851, Dev. 51, I, 740.

[2] Bourdeau, *Cout. de Boncenne*, t. IV, p. 41.

effets de la compensation reconventionnelle. La compensation reconventionnelle produit, une fois qu'elle est reconnue par la sentence du juge, les mêmes effets que la compensation légale. Mais il reste à savoir à quel moment se produisent les effets de la compensation reconventionnelle.

Ces effets remontent-ils au jour où la demande reconventionnelle a été formée?

Datent-ils de l'instant où la décision judiciaire l'a admise?

Lorsqu'il s'agit de la compensation légale si le juge appelé à statuer sur la créance opposée en compensation reconnaît qu'elle remplissait les conditions requises, sa mission se borne à constater la compensation qui s'est opérée du jour de la coexistence des deux dettes. Il n'en est pas de même de la compensation reconventionnelle; elle est prononcée en vertu d'une demande que le juge peut accueillir, mais qu'il peut aussi rejeter, c'est donc lui qui la prononce, et elle n'a d'effet qu'à dater du jugement. Telle est la décision qui nous est donnée par M. Colmet de Santerre. Mais on peut faire une objection contre cette théorie. Les jugements dit-on sont simplement déclaratifs des droits des parties et par conséquent les effets doivent remonter au jour de la demande. On peut cependant répondre à cette objection qui semble tout d'abord irréfutable. Nos adversaires appliquent mal, croyons-nous, le principe de la rétroactivité des décisions judiciaires; si elles rétroagissent c'est en tant qu'elles ne font que déclarer les droits des parties; les jugements ne rétroagissent pas quand ils créent un droit qui n'appartenait pas aux parties; or il est bien certain que la compensation judiciaire n'est pas un droit pour les parties intéressées puisque le juge peut la refuser; la compensation n'existera donc que du jour où le juge l'aura admise.

Le créancier dont la créance n'est pas liquide et qui ne peut en cas de poursuite invoquer la compensation légale, peut-il prévenir son créancier et l'actionner afin de faire

liquider sa créance. Aucun doute n'est possible, cette manière d'agir lui est certainement permise. Mais quelque diligence qu'il mette à poursuivre son débiteur, celui-ci peut déjouer ses plans et rendre la compensation impossible. En effet, qui empêchera le créancier qui se voit sur le point d'être poursuivi de vendre sa créance à un tiers? c'est un moyen pour lui de se soustraire à l'action de son débiteur. Mais celui-ci peut cependant conjurer le péril et empêcher que sa créance ne soit ainsi compromise. La jurisprudence permet, en effet, à ce débiteur de pratiquer une saisie-arrêt entre ses propres mains sur ce que son créancier lui doit. Cette solution ne fut pas admise sans difficultés, l'opinion contraire a eu également ses partisans et des arrêts ont été rendus en ce sens ; mais aujourd'hui la théorie que nous soutenons a prévalu. Elle a été notamment admise par un arrêt de la Cour de Lyon confirmant un jugement du Tribunal civil de la même ville.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. La compensation dans les actions de droit strict n'est pas une innovation de Marc Aurèle.

II. Cette compensation avait lieu en vertu de l'exception de dol qui donnait au juge le pouvoir de compenser et ne l'obligeait pas nécessairement à condamner ou à absoudre.

III. La fongibibilité n'était pas exigée pour la compensation sous le système formulaire.

IV. La compensation romaine était judiciaire, soit avant Justinien, soit sous Justinien.

V. Justinien introduisit la compensation dans les actions *in rem.*

VI. La compensation en droit romain n'était pas exclue en cas de *commodat.*

DROIT FRANÇAIS

I. La compensation n'a pas lieu entre deux dettes de denrées différentes.

II. La caution solidaire, comme les autres cautions, peut invoquer la compensation opérée du chef du débiteur principal.

III. Le débiteur solidaire ne peut opposer en compensation la créance de son codébiteur même pour la part que ce codébiteur doit supporter dans la dette.

IV. La compensation est possible entre la dette du mari envers un tiers et la créance que possède la femme contre ce tiers, dans le cas où les époux sont mariés sous le régime dotal ; mais cette compensation n'est que facultative.

V. Si le cédé a accepté par erreur la cession d'une créance éteinte par compensation, il pourra se prévaloir de sa propre créance même contre les tiers. (Art. 1299 *in fine*.)

VI. L'enfant naturel reconnu peut-il être adopté ? — Oui.

VII. L'institué contractuel ne peut céder son droit ou y renoncer avant la mort de l'instituant.

VIII. Pendant la durée du mariage, l'immeuble soumis au retrait d'indivision est-il réputé propre ou conquêt ? Il est réputé conquêt.

IX. La femme exerce ses prélèvements à titre de créancière et non à titre de propriétaire. (Art. 1470, 1471.)

X. La constitution de dot constitue vis-à-vis de la femme un contrat à titre gratuit.

XI. L'action de garantie dans la vente est indivisible.

XII. La nullité des conventions faites par un mineur sans l'assistance des personnes désignées dans l'article 1398 n'est que relative.

XIII. Le mineur n'est restituable contre les conséquences des actes faits sans l'assistance de son tuteur qu'autant qu'il y a lésion. *Restituitur minor non tanquam minor sed tanquam lœsus.*

XIV. La femme ne peut revendiquer que pour moitié un immeuble propre qui a été vendu par le mari comme sien.

XV. La prescription de dix ou vingt ans s'applique aux servitudes continues et apparentes.

XVI. La nullité résultant de la vente de la chose d'autrui est une nullité absolue.

DROIT COMMERCIAL

I. L'individu qui n'a pas été déclaré en faillite par un tribunal de commerce peut être poursuivi pour banqueroute simple ou frauduleuse.

II. Les billets souscrits par un mineur commerçant sont présumés souscrits pour son commerce.

III. L'endossement d'une lettre de change ne transfère pas, comme la cession de créance ordinaire, les privilèges et hypothèques affectés à la sûreté de la créance.

DROIT CRIMINEL

I. Un individu acquitté en cour d'assises ne peut être traduit en police corectionnelle pour le même fait qualifié d'une autre manière.

II. L'erreur dans la qualification d'un délit est une cause de cassation, alors que la peine prononcée convient au délit, dans sa véritable qualification.

DROIT ADMINISTRATIF

Il n'appartient pas à l'autorité administrative de révoquer un garde particulier, en rapportant l'arrêté par lequel il a été agréé.

Vu : le Président de la Thèse,

BAYEUX.

Vu : le Doyen de la Faculté,

C. DEMOLOMBE

PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie,

L. LIARD.

TABLE DES MATIERES

DROIT ROMAIN

De la Compensation.

Pages

PRÉLIMINAIRES 5

CHAPITRE Ier. — Des actions de la loi 9

CHAPITRE II. — De la compensation sous le système formulaire. 13

SECTION Ire. — Compensation dans les actions de bonne foi..... 15

SECTION II. — Compensation dans les actions de droit strict..... 17

SECTION III. — Compensation dans les actions arbitraires, actions *in rem* 38

SECTION IV. — Conditions requises pour que la compensation puisse avoir lieu..... 41

§ 1er Entre quelles personnes la compensation a lieu 41

§ 2. Conditions relatives à la qualité des créances 41

SECTION V. — Comment s'opère la compensation... 47

SECTION VI. — Effets de la compensation..... 52

CHAPITRE III. — Procédure extraordinaire. — Innovations de Justinien..... 55

APPENDICE. — Compensation opposée au fisc 59

DROIT FRANÇAIS

De la Compensation dans l'ancien droit français.

Notions générales 63

De la Compensation sous l'empire du code civil. 71

CHAPITRE Ier. – De la compensation légale 73
Section Ire. — Conditions requises pour la compensation légale. 73
§ 1er. Fongibilité des deux dettes 73
§ 2. Liquidité des deux dettes..... 80
§ 3. Exigibilité..... 86
§ 4. Chaque partie doit être personnellement et principalement créancière et débitrice de l'autre 90
§ 5. Il faut que les deux dettes ou l'une d'elles ne soit pas du nombre de celles exceptées par la loi 105
§ 6. La compensation ne peut avoir lieu au préjudice des droits acquis à des tiers 110
Section II. — De la manière dont s'opère la compensation et de ses effets... 114
Section III. — De la renonciation à la compensation légale 118
CHAPITRE II. — De la compensation facultative 126
CHAPITRE III. — De la compensation reconventionnelle..... 131
Positions..... 143

ANGERS' IMPRIMERIE LACHÈSE ET DOLBEAU.